

**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Departamento de Direito**

APRIGIO MONTEIRO DUARTE

**PERSPECTIVAS DE MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO SOBRE
LICITAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS**

**Florianópolis
Julho de 2015**

APRIGIO MONTEIRO DUARTE

**PERSPECTIVAS DE MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO SOBRE
LICITAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à banca examinadora do
Curso de Graduação em Direito do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo


Florianópolis
Julho de 2015



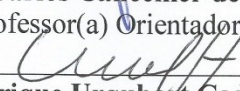
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Perspectivas de mudanças na Legislação sobre licitações públicas brasileiras**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Aprigio Monteiro Duarte**, defendido em **10/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

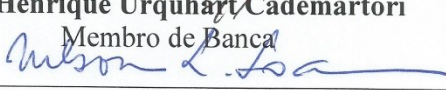
Florianópolis, 10 de Julho de 2015



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro de Banca



Nelson Lacerda Soares
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Aprigio Monteiro Duarte**

RG:

CPF:

Matrícula: **10100101**

Título do TCC: **Perspectivas de mudanças na Legislação sobre licitações públicas brasileiras**

Orientador(a): **Luis Carlos Cancellier de Olivo**

Eu, **Aprigio Monteiro Duarte**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 10 de Julho de 2015

Assinatura manuscrita de Aprigio Monteiro Duarte em tinta azul.

Aprigio Monteiro Duarte

“Amigos,

O mundo simbólico representado pela palavra é absolutamente limitado e insuficiente para descrever um sentimento tão forte e profundo como o nascimento de um filho.

Neste momento de intensa emoção, inevitável é lembrar de meus pais e amá-los ainda mais. Infelizmente eles não estão mais por aqui. Só me resta ensinar ao André o muito que aprendi com eles.

Não será uma jornada fácil; contudo, tenho o mais importante: o amor incondicional ao meu filho.

Por fim, o agradecimento à minha amada esposa Salete que me proporcionou este maravilhoso momento.

Abraços,

Aprigio.”

Email enviado por ocasião do nascimento do meu filho André Duarte Kons em 04 de abril de 2012.

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, inicio agradecendo ao meu pai Aprigio Ferreira Duarte (*In Memoriam*) e à minha mãe Iridan Monteiro Duarte (*In Memoriam*). Eles não só me deram a vida como nunca mediram esforços para que eu tivesse a melhor educação possível, apesar de todas as dificuldades. Agradeço também à minha irmã Mônica Monteiro Duarte (*In Memoriam*) por estar sempre por perto quando precisei e ter sido um exemplo de integridade, alegria e generosidade. Você foi embora cedo demais maninha!!

À minha amada esposa Salete Inêz Kons Monteiro Duarte e ao meu filho André Duarte Kons, pela compreensão pelas horas “roubadas” de nosso convívio por eu estar estudando. Também agradeço à Salete pela ajuda na revisão do texto e na elaboração do *abstract* (evidentemente, todo e qualquer erro é de minha total responsabilidade).

Ao Professor Luis Carlos Cancellier de Olivo por concordar em ser meu orientador.

Ao Procurador Nelson Lacerda Soares e ao Professor Luiz Henrique Urquhart de Cademartori por aceitarem participar da banca.

Aos colegas da Superintendência do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) em Santa Catarina, onde trabalho, pelo apoio ao longo destes anos.

Por fim, mas não menos importante, aos meus colegas do curso de Direito, sem os quais esta travessia não seria a mesma. Sentirei muita saudade do convívio diário com vocês!

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART - Anotação de Responsabilidade Técnica

Art. - artigo

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CGU - Controladoria Geral da União

DEM - Democratas

ed. - edição

INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

MPF - Ministério Público Federal

MPv - Medida Provisória

p. - página

PAC - Programa de Aceleração do Crescimento

PPS - Partido Popular Socialista

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas

RRT - Registro de Responsabilidade Técnica

SICRO - Sistema de Custos de Obras Rodoviárias

SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

TCU - Tribunal de Contas da União

RESUMO

Este Trabalho tem como meta principal a análise das perspectivas de mudanças na legislação sobre licitações públicas brasileiras. A espécie escolhida para realizar este trabalho foi a monografia, com a utilização do método de abordagem dedutivo. A pesquisa foi feita por meio do estudo da legislação nacional sobre o assunto, em especial da Lei 8.666/1993, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública brasileira, da Lei 10.520/2002, que versa sobre a modalidade licitatória pregão, e da Lei 12.462/2011, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Também se valeu do apoio da doutrina e da jurisprudência.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo apresentou os conceitos de Administração Pública, de Licitação Pública e de alguns de seus Princípios correlatos, trazendo-se uma fundamentação teórica inicial.

No segundo capítulo, foram expostos as modalidades e os tipos de licitações públicas no Brasil e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que trouxe grandes mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro e cuja concepção influenciou fortemente o Projeto de Lei do Senado (PLS) 559/2013, que busca instituir novas normas gerais para licitações e contratos no País, e que será estudado no capítulo seguinte.

O terceiro capítulo, como dito acima, traz uma análise do PLS 559/2013 que, se aprovado, substituirá de uma só vez a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2002, e os artigos 1 a 47 da Lei 12.462/2011, que tratam do RDC.

Por fim, no quarto capítulo, são feitas sugestões para mudanças na legislação sobre licitações públicas no Brasil.

Palavras-chave: Administração Pública, Direito Administrativo, Licitação Pública.

ABSTRACT

This final paper has as main goal the analysis of prospects for changes in legislation about Brazilian Public Bids. The kind chosen to accomplish this work was the monograph, using the deductive approach method. The research was did by national legislation study about the subject, in special of the 8.666/1993 Law, that instituted general rules for bids and contracts of Brazilian Public Administration, of the 10.520/2002 Law, that treats about the bidding modality “pregão” and the 12.462/2011 Law, that establishes the Differentiated Regime of Public Hires (DRH). Besides it got support of doctrine and jurisprudence.

The work was divided in four chapters. The first chapter introduced the Public Administration Concepts, the Public Bidding and some of its Related Principles, bringing an initial theoretical foundation.

In the second chapter, were exposed the modalities and types of Brazilian Public Bids and the Differentiated Regime of Public Hires, that brought great changes for Brazilian legal order and its conception strongly influenced the 559/2013 Senate Law Project (SLP), that searches to institute new general rules for bids and contracts in the Country, that will be studied in the next chapter.

The third chapter, as stated above, provides an analysis of the SLP 559/2013 that, if approved, will replace at once the 8.666/1993 Law, the 10.520/2002 Law, and the articles 1 to 47 of the 12.462/2011 Law, that treat of the DRH.

At last, in the fourth chapter, suggestions are made for changes in the legislations about public bids in Brazil.

Key-Words: Public Administration, Administrative Law, Public Bidding.

Sumário

INTRODUÇÃO	12
1. CAPÍTULO I - LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL.....	14
1.1 Administração Pública	14
1.2 Licitação Pública.....	16
1.3 Princípios Relativos à Administração Pública e à Licitação	24
1.3.1 Princípio da legalidade	26
1.3.2 Princípio da impessoalidade	27
1.3.3 Princípio da moralidade.....	28
1.3.4 Princípio da publicidade	29
1.3.5 Princípio da eficiência	31
1.3.6 Princípio da isonomia	33
1.3.7 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração	34
1.3.8 Princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável	35
1.3.9 Princípio da igualdade	36
1.3.10 Princípio da probidade administrativa	37
1.3.11 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	38
1.3.12 Princípio do julgamento objetivo	39
2. CAPÍTULO II - MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO E O RDC	41
2.1 Modalidades de Licitação	41
2.1.1 Concorrência	42
2.1.2 Tomada de preços.....	44
2.1.3 Convite	46
2.1.4 Concurso	48
2.1.5 Leilão	50
2.1.6 Pregão	52
2.1.6.1 Pregão Eletrônico	55
2.1.7 Consulta	56
2.2 Tipos de Licitação.....	59
2.2.1 Menor preço	60
2.2.2 Melhor técnica	62
2.2.3 Técnica e preço	63
2.2.4 Maior lance ou oferta.....	65
2.3 Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.....	67
3. CAPÍTULO III - PERSPECTIVAS DE MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS: O PLS 559/2013	73
3.1 Apresentação do PLS 559/2013	73
3.1.1 PLS 559/2013 – Capítulo I	73
3.1.2 PLS 559/2013 – Capítulo II	84
3.1.3 PLS 559/2013 – Capítulo III	94
3.1.4 PLS 559/2013 – Capítulo IV.....	96
3.1.5 PLS 559/2013 – Capítulo V	96

3.1.6	PLS 559/2013 – Capítulo VI.....	98
3.1.7	PLS 559/2013 – Capítulo VII.....	98
3.1.8	PLS 559/2013 – Capítulo VIII.....	99
3.1.9	PLS 559/2013 – Capítulo IX.....	100
3.1.10	PLS 559/2013 – Capítulo X.....	102
3.1.11	PLS 559/2013 – Capítulo XI.....	103
3.1.12	PLS 559/2013 – Capítulo XII.....	104
3.1.13	PLS 559/2013 – Capítulo XIII.....	105
3.1.14	PLS 559/2013 – Capítulo XIV	107
4.	CAPÍTULO IV - SUGESTÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL.....	109
4.1	Qualificação dos servidores	109
4.2	Segregação entre elaboração e execução de projeto de engenharia	110
4.3	Licitações para obras e serviços de engenharia obrigatoriamente com Projeto Executivo....	112
4.4	Considerar serviços e obras de engenharia como serviços técnicos especializados	113
4.5	Pré-qualificação dos licitantes.....	113
4.6	Utilização do SRP com vedação à “carona” em ata de registro de preços	115
4.7	Realização de licitações públicas preferencialmente sob a forma eletrônica.....	117
4.8	Uso de disputa aberta e fechada na fase de apresentação de propostas na concorrência...	117
4.9	Aumento da publicidade dos gastos públicos	118
4.10	Introdução do conceito de ciclo de vida para contratações	119
4.11	Adoção de minutas de edital e de contrato padronizadas	121
4.12	Estabelecimento de condicionantes à suspensão da licitação ou do contrato	122
4.13	Extinção das modalidades tomada de preços e convite	123
4.14	Retenção de tributos e contribuições pela Administração	124
4.15	Adoção de fase única para recursos.....	125
	CONCLUSÃO.....	129
	REFERÊNCIAS.....	131

INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como proposta analisar as perspectivas de mudanças na legislação sobre licitações públicas brasileiras. A Lei Federal 8.666, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública no País, acaba de completar 22 anos: é de 21 de junho de 1993. Nestas duas últimas décadas, ela foi modificada em diversas ocasiões, às vezes com alterações na própria Lei, outras com a criação de novos diplomas legais que tratam do tema.

Como exemplo da primeira situação, tem-se o aumento dos casos de dispensa para realização de licitação previstas no Art. 24 da Lei 8.666/1993: originalmente eram 15 (quinze), atualmente são 33 (trinta e três), ou seja, mais que dobraram as possibilidades. Como exemplo da criação de novos dispositivos legais tem-se a Lei 10.520/2002, que versa sobre a modalidade licitatória pregão, a Lei 12.462/2011, que estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Lei 12.598/2012, que criou normas especiais para compras e contratações de produtos e de sistemas de defesa.

Esta matéria é de grande relevância para o País, uma vez que a Administração Pública implementa suas políticas públicas através de suas compras de materiais e serviços. Atualmente, muitas obras atrasam e muitos serviços não são prestados adequadamente em razão de processos licitatórios demorados e que não raro acabam custando muito mais do que o inicialmente previsto, trazendo sérios prejuízos para a população.

Assim, percebe-se a atualidade e importância do tema proposto. Não sem razão, foi instituída a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), cujo resultado final foi a apresentação do Projeto de Lei do Senado (PLS) 559/2013, que será objeto de análise neste trabalho.

Além da relevância do assunto, o estímulo para a pesquisa surgiu pela minha experiência profissional. Trabalho no setor de licitações do governo federal desde 2006, tendo inclusive a oportunidade de exercer a Presidência da Comissão de Licitação da Superintendência do IPHAN em Santa Catarina. Desta forma, pude acompanhar a utilização da atual legislação na Administração Pública Federal.

A espécie escolhida para realizar este trabalho foi a monografia, utilizando-se do método dedutivo de abordagem. Também será consultada Doutrina renomada sobre o assunto (em especial de autores como Celso Antônio Bandeira de Melo, Hely Lopes Meirelles, Joel de Menezes Niebuhr, Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro), além de artigos jurídicos e Jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal (STF) como do Tribunal de Contas da União, e material disponível nos sítios eletrônicos do governo federal e do congresso nacional.

O Trabalho será desenvolvido em quatro capítulos. No primeiro, inicia-se trazendo o conceito de Administração Pública e sua divisão em Administração Direta e Indireta. Segue-se com a definição de licitação pública, listando-se também outros diplomas legais que versam sobre este tema. Esse capítulo se encerra com a exposição dos princípios jurídicos relativos às licitações públicas.

No segundo capítulo, serão apresentadas as modalidades e os tipos de licitações públicas no Brasil. As modalidades licitatórias são as seguintes: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão e consulta. Os tipos descritos são: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. Neste capítulo foi incluída também uma descrição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Este Regime, como o próprio nome deixa claro, não poder ser enquadrado como uma “modalidade” ou “tipo” de licitação. Todavia, ele trouxe muitas alterações importantes para as licitações públicas no Brasil, sendo uma das bases do Projeto de Lei do Senado 559/2013.

No terceiro capítulo, serão expostas algumas das principais modificações propostas pelo PLS 559/2013. Este projeto tem por objetivo instituir novas normas gerais para licitações e contratos no Brasil, substituindo as Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e os artigos 1 a 47 da Lei 12.462/2011, que criou o RDC. Logo após do destaque de algumas das propostas, elas serão brevemente analisadas.

Por fim, no quarto e último capítulo, serão sugeridas mudanças na legislação brasileira referentes às licitações públicas.

1. CAPÍTULO I - LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Neste capítulo, será inicialmente apresentado o conceito de Administração Pública, com sua divisão em Administração Direta e Indireta. Em seguida, passa-se à definição de licitação pública, mostrando-se sua base constitucional, inclusive quanto à competência para legislar sobre o tema.

Posteriormente, há uma breve introdução acerca da Lei 8.666/1993, que estabelece as normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos, de observação obrigatória por todos os entes federativos, seja na Administração Direta ou Indireta. São listados ainda outros diplomas legais que versam sobre licitação pública no Brasil.

Finaliza-se este capítulo com a exposição dos princípios concernentes às licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Administração Pública

Inicialmente, traz-se o conceito de Administração Pública elaborado por Meirelles (1998, p. 65):

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes.

Já Di Pietro (2010, p. 49) afirma que a expressão Administração Pública costuma ser utilizada em dois sentidos:

Em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparta a atividade estatal: a função administrativa;

Em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; neste sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo. **(grifado no original)**

Costuma-se dividir a Administração Pública em Administração Direta e Indireta. De acordo com Knoplock (2014, p. 16 e 21):

A Administração Direta é [...] o conjunto de órgãos que compõem o ente federativo (União, Estado Federado, Distrito Federal ou Município) a fim de prestar a atividade administrativa de forma centralizada e com subordinação hierárquica entre eles. [...] A Administração Indireta é o conjunto de entidades, pessoas jurídicas distintas da Administração Direta, possuindo patrimônio e pessoal próprios, às quais é atribuída competência para desempenhar uma função administrativa em nome próprio, de forma descentralizada, estando apenas vinculadas à Administração Direta.

A organização da Administração Pública Federal está disposta no Decreto-Lei 200/1967, que estabelece em seu Art. 4º:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) Fundações Públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Não obstante a abrangência deste Decreto-Lei seja restrita à União, Di Pietro (2010, p. 58) afirma que ele indubitavelmente contém conceitos e princípios ao quais, com algumas ressalvas, foram incorporados aos Estados e Municípios.

Passe-se agora ao conceito de licitação pública.

1.2 Licitação Pública

Acerca da licitação, oferece-se inicialmente a definição de Mello (2012, p. 532):

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com ela travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os tributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Nas palavras de Niebuhr (2012, p. 33-34):

A licitação pública é procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua intenção de firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público.

Traz-se ainda a definição de licitação de Di Pietro (2010, p. 350):

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Assim, das definições expostas acima, depreende-se que na licitação pública a Administração, seja Direta ou Indireta, busca obter para si a proposta que melhor atenda a seus interesses, seja na compra de produtos ou na prestação de serviços. Para tal, realiza um certame no qual abre para participação de pessoas físicas ou jurídicas que competem em condições de isonomia¹, desde que atendidos requisitos prévios.

Entretanto, a realização da licitação não pode se tornar um fim em si mesmo, como infelizmente ocorre não raras vezes no dia-a-dia das repartições públicas brasileiras. Neste sentido, adverte Justen Filho (2012, p. 57-58):

¹ O princípio da isonomia será tratado adiante (item 1.3.6).

A licitação é um procedimento administrativo orientado ao atingimento de certos fins. [...] A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando a sua natureza teleológica.

A obrigatoriedade de a Administração Pública realizar licitação pública foi determinada pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. **(grifo nosso)**

A CF/88 também estabelece a competência² para legislar sobre licitação em seu art. 22, XXVII:

Art. 22. Compete privativamente³ à União legislar sobre:

[...]

XXVII - **normas gerais de licitação**⁴ e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e

² Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 479.)

³ A competência é dita **privativa** quando é atribuída a um determinado órgão ou entidade, com possibilidade de delegação. Quando a competência não é passível de delegação, é dita **exclusiva**. A CF/88 estabeleceu as competências privativas da União em seu art. 22 e exclusivas no art. 21.

⁴ Na visão de Meirelles (2010. p. 58-59): “Para fins de licitação, deve-se entender por *normas gerais* todas aquelas leis, chamadas de leis nacionais, que estabelecem princípios e diretrizes aplicáveis indistintamente a todas as licitações e contratos administrativos e, por isso, obrigatórias para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. [...] A Lei 8.666, de 1993, estabeleceu as *normas*

fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, **e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (grifo nosso)**

A Lei 8.666/1993 é o diploma legal pátrio que estabelece as normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos a serem observadas por todos os entes federativos, seja na Administração Direta ou Indireta. O Art. 1º desta Lei traz os limites de sua atuação:

Art. 1º Esta Lei estabelece **normas gerais sobre licitações e contratos administrativos** pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da **União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**.

Parágrafo único. **Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta**, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista **e demais entidades controladas direta ou indiretamente** pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. **(grifo nosso)**

Desta forma, percebe-se que a lei tem ampla aplicação. Todavia, cabe uma observação: há discussão entre os doutrinadores quanto à definição do conceito de “norma geral” a ser utilizada no campo das licitações públicas, uma vez que não há definição para tal nem na Constituição nem na Lei 8.666/1993. As leis, qualquer uma, tem sempre um caráter geral. Mello (2012, p. 539) define que seriam “normas gerais” aquelas que estabeleceriam os preceitos das leis que necessariamente devem sucedê-las para reger determinada matéria e que poderiam ser aplicados de maneira uniforme em todo o País, uma vez que repercutiriam com neutralidade quaisquer que sejam as regiões ou localidades.

A Lei 8.666/1993 é extensa, com 126 artigos e muitos incisos e parágrafos, chegando muitas vezes a um nível de detalhamento que, na visão de muitos, seria incompatível com o caráter geral de uma Lei. Isso gera dúvidas entre autores sobre quais normas seriam, dentro desta Lei, as verdadeiramente “gerais” e

gerais que lhe competiam, deixando aos Estados a sua *complementação* com disposições adequadas às peculiaridades de seu território, e aos Municípios a *regulamentação* das licitações no que é específico de suas contratações, respeitando, cada qual, os preceitos superiores que disciplinam o procedimento licitatório. [...] O essencial é que não quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem o seu caráter competitivo, nem discriminem os interessados, nem falseiem o seu julgamento, razão pela qual as exigências mínimas podem ser aumentadas no âmbito estadual e municipal, mas não podem ser relegadas, nem dispensada a licitação fora dos casos enumerados na lei federal”.

quais seriam as regras que cabem ser cumpridas apenas pelo governo federal. Estas últimas não poderiam ser impostas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios por dois motivos: 1) porque violaria a própria ideia do que seria uma norma geral; e 2) porque afrontaria a autonomia destes entes federativos em matéria administrativa.

Assim, ao estabelecer que todas as normas inseridas na Lei 8.666/1993 são “gerais”, ou seja, de cumprimento obrigatório, teria sido deixado muito pouco espaço pela União para as demais pessoas políticas. Por isto, autores como Di Pietro (2010, p. 353) são bastante críticos a este dispositivo:

A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede⁵ aos “órgãos da Administração” (não aos legisladores estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após a aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único).
(grifo nosso)

Desta maneira, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pouco poderiam fazer na prática em termos legislativos acerca de licitações e contratos, apesar de eles gozarem de competência para suplementar sobre estas matérias no que se refere às suas peculiaridades.

Outra observação acerca do Art. 1º da Lei 8.666/1993 é relativa ao seu parágrafo único, no qual se determina o alcance desta Lei: todos os integrantes da Administração Pública Direta e Indireta tem o dever de licitar, mesmo empresas públicas e sociedades de economia mista. Aqui há também um ponto de discórdia na doutrina e na jurisprudência: a CF/88, com a redação dada após a Emenda Constitucional 19/1998, determina que a Lei definirá o regime jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, dispondo sobre licitação pública em seu Art. 173, a saber:

⁵ Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

Parágrafo único. As normas a que se refere este artigo, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º **A lei** estabelecerá o estatuto jurídico da **empresa pública, da sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, dispondo sobre:

[...]

III - **licitação** e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; **(grifo nosso)**

O problema é que esta Lei indicada no Art. 173, § 1º, da CF/88 ainda não elaborada. Então como proceder com relação à contratação de obras, serviços, compras e alienações das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, competindo com empresas privadas (e que, portanto, estão livres das exigências da Lei 8.666/1993)? Dever-se-ia aplicar integralmente a Lei 8.666/1993 em consonância com o seu parágrafo único do Art. 1º ou elas deveriam passar por um processo mais simplificado e célere, para poder competir em condições de igualdade com empresas privadas?

O primeiro entendimento é defendido por Di Pietro (2010, p. 381): “Enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no art. 173, §1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº 8.666, já que o dispositivo constitucional não é autoaplicável”. O segundo é advogado por Carvalho Filho (2011, p. 241), o qual apoia a tese de que a exigência de licitação para estas empresas deva se restringir apenas às atividades-meio; para as atividades-fim, esta Lei seria inaplicável, uma vez que as mesmas estariam atuando na iniciativa privada:

[...] referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica. [...] Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei nº 8.666/93.

Em relação à jurisprudência, houve divergência entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade ou não do Art. 67 da Lei 9.478/1997, cuja redação estabelece⁶ que “os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”.

O TCU, em janeiro de 2006, suspendeu a adoção do procedimento simplificado de licitação para a Petrobras no processo n.º 008.210/2004-7 (AC 39/2006), reconhecendo a inconstitucionalidade deste procedimento licitatório simplificado, uma vez que a Lei exigida pelo Art. 173 da CF/88 ainda não foi editada, obrigando a Petrobras a seguir na íntegra a Lei 8.666/1993. O TCU baseou esta sua decisão na súmula nº 347 do STF (“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”).

Todavia, em março de 2006, o STF reconheceu liminarmente, no bojo do Mandado de Segurança nº 25.888, o direito de a Petrobras continuar utilizando o processo simplificado previsto no Art. 67 da Lei 9.478/1997 até a decisão quanto ao mérito, que não ocorreu⁷ até o presente momento. O Ministro Gilmar Mendes, relator deste Mandado de Segurança, entendeu que o TCU não teria competência para tomar tal medida, de forma contrária à súmula do próprio STF:

[...] a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, **do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98**, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, **parece estar em confronto com normas constitucionais**, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). **Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte**, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. **(grifo nosso)**

⁶ A Lei 9.478/1997 dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

⁷ O Mandado de Segurança nº 25.888 teve julgamento em 22 de março de 2006, sendo publicado no Diário da Justiça em 29 de março de 2006, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O ministro ainda tratou da questão da competição da Petrobras com empresas privadas em sua atividade-fim:

A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes.

Por fim, a CF/88 também faz menção à licitação pública em seu Art. 175 quando se refere à prestação de serviços públicos por meio dos regimes de concessão⁸ ou permissão⁹ para a prestação de serviços públicos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **concessão ou permissão, sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. **(grifo nosso)**

A Lei 8.987/1995 foi editada dispondo sobre os regimes de concessão e de permissão para a prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF/88.

Além da Lei 8.666/1993 e da Lei 8.987/1995, outros diplomas legais tratam de licitações públicas, a saber:

1. Lei 8.248/1991: Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, tratando das licitações de aquisições de bens e serviços de informática e automação;

⁸ Nas palavras de Di Pietro (2010, p. 290): “[...] pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração seja usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”.

⁹ “Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que se faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas do usuário.” Mello (2011, p. 775).

2. Lei 9.074/1995: Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências;
3. Lei 9.472/1997: Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
4. Lei 10.520/2002: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns;
5. Lei 11.079/2004: Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública;
6. Lei 11.107/2005: Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos;
7. Lei 12.232/2010: Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda;
8. Lei 12.462/2011: Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC;
9. Lei 12.598/2012: Estabelece normas especiais para compras e contratações de produtos e de sistemas de defesa.

Deve-se ainda ressaltar que a Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa¹⁰ e da Empresa de Pequeno Porte, traz várias

¹⁰ A definição de microempresa e empresa de pequeno porte está no Art. 3º desta Lei:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

medidas para facilitar o acesso ao mercado das compras governamentais, estabelecendo tratamento diferenciado e favorecido a estas empresas nas licitações públicas.

Quanto às finalidades da licitação pública, elas estão inseridas no *caput* do Art. 3º da Lei 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a seleção da **proposta mais vantajosa para a administração** e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** [...] **(grifo nosso)**

Em consonância com a definição legal, Mello (2010, p. 534) afirma que:

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa alcançar um **triplo objetivo**: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares e concorrer com a promoção do desenvolvimento sustentável. **(grifo nosso)**

Há de se ressaltar que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável foi incluída no Art. 3º da Lei 8.666/1993 pela Lei 12.349/2010. As três finalidades da licitação serão melhor detalhadas mais adiante quando forem tratados os princípios relativos à licitação.

1.3 Princípios Relativos à Administração Pública e à Licitação

Inicialmente, tem-se que informar o conceito de princípio que será utilizado neste trabalho. Aproveitar-se-á a definição encontrada em Alexandrino (2009, p. 189):

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.

Assim, a partir do entendimento dos princípios é que se poderá analisar a adequação ou não da legislação e, no âmbito deste trabalho, sua aplicação à licitação pública. Por isto, Niebuhr (2011, p. 41) ensina que:

[...] para compreender a licitação pública, as leis e os decretos que a disciplinam, é fundamental compreender os princípios que a informam, o que, verdadeiramente, está por trás ou na base destas leis e decretos. Sem recorrer aos princípios, não se alcança a essência da licitação pública, e, em razão disso, muitas questões a respeito dela acabam sendo interpretadas de forma equivocada.

Os princípios básicos da Administração Pública estão expressamente determinados no caput do Art. 37 da CF/88 devendo ser seguidos obrigatoriamente pela Administração Pública no Brasil em todas as esferas governamentais - federal, estadual e municipal – seja ela direta ou indireta:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: **(grifo nosso)**

Com relação aos princípios concernentes às licitações públicas, o Art. 3º da Lei 8.666/1993 revela alguns deles:

A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da **proibição administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. **(grifo nosso)**

Vai-se, a partir de agora, detalhá-los.

1.3.1 Princípio da legalidade

Este princípio, em simples palavras, determina que todas as ações do Poder Público devem estar estritamente previstas em Lei, não podendo a Administração fazer nem a mais nem a menos do que o determinado pela legislação. Isto é para evitar que o administrador público, que representa a coletividade, possa tomar decisões de acordo com seu arbítrio. Daí que, por exemplo, os servidores não podem, sob pena de responsabilização, alterar o tipo de licitação aplicável ao caso concreto (convite, concorrência, pregão, etc...) ou mesmo criar/combinar¹¹ modalidades licitatórias, acrescentar/subtrair critérios de habilitação dos participantes, entre outros.

Para Meirelles (2010, p.56):

O princípio da legalidade é o princípio basilar de toda a Administração Pública. Significa que toda a atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de invalidade.

Percebe-se, portanto, que o princípio da legalidade para a Administração Pública tem sentido contrário àquele destinado ao particular, para o qual tudo lhe é permitido, *a priori*, a não ser que uma conduta determinada seja estabelecida em Lei, conforme estabelecido¹² no Art. 5º, II, da CF/88. A Administração Pública não tem vontade própria, já que ela é algo abstrato. Assim, para pautar sua atuação, ela deve seguir o determinado em Lei, expressão da soberania popular. Uma decorrência importante disto é que não se pode criar direitos ou impor obrigações por meio de simples atos administrativos como Portarias, Instruções Normativas, etc.

¹¹ A Lei 8.666/1993 em seu Art. 22 determina expressamente:

Art. 22. São modalidades de licitação:

[...]

§ 8º. É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

¹² Art. 5º, II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

1.3.2 Princípio da impessoalidade

Este princípio tem dois sentidos apontados pela doutrina. No primeiro, os atos praticados pela Administração Pública são imputados ao Estado e não à pessoa do agente público que o pratica. Por isso, no caso da impugnação na justiça de um edital licitatório, é o órgão ou entidade que figurará no pólo passivo da Lide. No ensinamento de Silva (2012, p. 669):

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que ele não é o autor institucional do ato.

Em razão disto, tem-se que é vedada a promoção pessoal do administrador público, conforme determinação¹³ do Art. 37, § 1º, da CF/88. Assim, as ações efetivadas por uma Prefeitura (asfaltamento de ruas, construção de um posto de saúde ou escola, etc.), por exemplo, devem ser sempre divulgadas como realizações desta e não do Prefeito da ocasião.

O segundo sentido deste princípio é a proibição de qualquer tipo de discriminação ou favorecimento ao administrado em razão de sua condição pessoal salvo, evidentemente, aquelas consubstanciadas em Lei. Nas licitações públicas, este princípio tem como consequência que o julgamento do certame será realizado sem nenhum tipo de preferência ou antipatia quanto a um licitante (por ser uma pessoa/empresa da predileção ou não da Comissão de Licitação), e de acordo com critérios que possam ser medidos objetivamente.

Este princípio está ligado aos princípios da isonomia (pois se deve tratar a todos igualmente), da legalidade (todas as exigências devem ser fundadas na Lei) e vinculação ao instrumento convocatório (a regra prevista no edital valerá para todos os participantes que se encontrarem nas mesmas condições).

¹³ Art. 37, § 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, **dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.** (grifo nosso)

1.3.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade (juntamente com a ideia de probidade) demanda que os atos da Administração Pública estejam não só dentro da legalidade, mas também da moralidade, sob pena de invalidade. Assim, um ato que seja contrário à moral administrativa não deve ser revogado, mas declarado nulo. O servidor público deve, portanto, pautar suas atitudes e atos em princípios éticos. Não basta que o ato esteja formalmente em consonância com diploma legal; deve ainda resguardar uma dimensão ética, na busca pela realização do interesse público. Todavia, adverte Silva (2012, p. 464) que:

[...] moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas *moralidade jurídica*. Essa consideração não significa que o ato legal seja honesto. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa. (*grifo no original*)

A CF/88 alberga este princípio também no Art. 5º, LXXIII, o qual prevê que qualquer cidadão brasileiro pode propor ação popular para anular ato lesivo à moralidade¹⁴ administrativa. No Art. 37, § 4º, da CF/88 há outro dispositivo¹⁵ que se refere à moralidade, fazendo menção à improbidade administrativa (quando a moralidade é desrespeitada).

O Decreto 1.171/1994 (Código de Ética do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) também faz menção à moralidade administrativa:

A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.

¹⁴ Art. 5º, LXXIII. **Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo** ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (**grifo nosso**)

¹⁵ Art. 37, § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Cabe destacar que o princípio da moralidade também se aplica a todos aqueles que lidam com a Administração Pública e não apenas aos servidores como, por exemplo, aqueles que participam de licitações e prestam serviços aos governos dos diferentes níveis. Assim, se uma pessoa física ou jurídica age de maneira desonesta e ímproba também há afronta a este princípio. Neste sentido, Di Pietro (2010, p. 78) lembra, ao discorrer sobre a moralidade administrativa, que “São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio”.

1.3.4 Princípio da publicidade

A Administração Pública, por representar a coletividade, tem o dever de dar publicidade a todos os seus atos para que o povo, titular do poder político, possa fiscalizar a sua atuação. As exceções à publicidade dos atos governamentais são relativas àqueles que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado e também informações que são concernentes à vida privada das pessoas, conforme estabelecido¹⁶ na CF/88 em seu Art. 37, § 3º, e no Art. 5º. Para tratar deste assunto, foi editada a Lei 12.527/2011 – a chamada lei de acesso à informação – a qual dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de garantir o acesso a informações à população. Nesta direção, este princípio ordena ainda a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, em atenção ao determinado¹⁷ pela Constituição no Art. 5º, LX.

¹⁶ Art. 37, § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, **observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.**

Art. 5º, X. **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;**

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifo nosso)**

¹⁷ Art, 5º, LX. a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da **intimidade ou o interesse social** o exigirem; **(grifo nosso)**

Relativamente à licitação pública, a ideia da ampla publicidade e divulgação do certame é que quanto mais pessoas souberem dele, maior a chance de a Administração Pública alcançar o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa. Além disso, como já citado, possibilita-se a fiscalização pela sociedade. Desta forma, o Art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/1993 determina que “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Esta Lei estabelece ainda, em seu Art. 43, § 1º, que a abertura dos envelopes¹⁸ contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público, sob pena de tornar estes atos passíveis de anulação.

Meirelles (2010, p. 41) alerta que não se deva confundir a abertura da documentação para habilitação e das propostas com seu julgamento:

[...] este poderá ser feito em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranquilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente o mérito das questões a decidir.

A Lei 8.666/1993 institui ainda, em seu Art. 21, procedimentos quanto à divulgação conforme a modalidade de licitação prevendo-se, por exemplo, a publicação de anúncio em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no município ou na região onde será realizada a obra ou prestado o serviço. Deve-se salientar que não se pode confundir publicidade com publicação. Esta significa a divulgação em Diário Oficial. Todavia, nem todos os atos da Administração Pública devem ser colocados no Diário Oficial, podendo ser simplesmente afixados no quadro de avisos da repartição pública, conforme determinado pelo Art. 16 da Lei em comento.

¹⁸ Art. 43, § 1º. A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

1.3.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi acrescido ao rol dos princípios constitucionais da Administração Pública relacionados no Art. 37 da CF/88 com a Emenda Constitucional 19/1998, no bojo da reforma administrativa do Estado Brasileiro. Esta reforma buscava a mudança de paradigma no aparato estatal, passando de uma administração com foco no controle dos procedimentos para uma mais gerencial, com foco no controle¹⁹ dos resultados. Contudo, há que se observar que já havia a menção à eficiência²⁰ na Constituição, em seus artigos 74 e 144, e também²¹ no Decreto-Lei 200/1967, em seus artigos 26 e 116.

Alexandrino (2009, p. 205) traz a definição de Alexandre de Moraes para o princípio da eficiência:

[...] como aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção

¹⁹ Para maiores informações sobre a reforma administrativa ver Cadernos MARE. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.PDF>. Acesso em: 20 maio 2015.

²⁰ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, **quanto à eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 7º. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, **de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. (grifo nosso)**

²¹ Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

[...]

III - **A eficiência administrativa.**

[...]

Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) incumbe:

I - Cuidar dos assuntos referentes ao pessoal civil da União, adotando medidas visando ao seu aprimoramento e **maior eficiência. (grifo nosso)**

dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Mello (2012, p. 125) afirma que “o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da “boa administração””.

Para Di Pietro (2010, p. 83) o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: um em relação ao modo de atuação do agente público, em busca do melhor desempenho de suas funções, em prol de melhores resultados para a administração; outro relacionado ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, a fim de buscar serviços públicos de melhor qualidade.

A Emenda Constitucional 19/1998 trouxe, em relação ao primeiro aspecto, por exemplo, a possibilidade de o servidor estável perder o cargo após avaliação de desempenho²² (Art. 41, § 1º, III); em relação ao segundo, tem-se a possibilidade da criação por lei de consórcios públicos²³ e convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos (dando nova redação ao Art. 241, *caput*).

Deve-se ressaltar que a busca por maior eficiência não significa que possam ser negligenciadas nem as exigências da lei nem os demais princípios que norteiam a Administração Pública e a Licitação, que devem ser seguidas por todos os administradores públicos. Niebuhr (2012, p. 43) adverte que “o princípio da eficiência não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública [...]. Deve-se lograr eficiência em consonância aos demais princípios, sem que um exclua o outro”.

²² Art. 41, § 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

[...]

III - mediante procedimento de **avaliação periódica de desempenho**, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. **(grifo nosso)**

²³ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei **os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. **(grifo nosso)**

1.3.6 Princípio da isonomia

De acordo com definição do Dicionário²⁴ Jurídico Brasileiro, isonomia é “condição ou estado de todas as pessoas que são, indistintamente ou com igualdade, submetidas à mesma regra jurídica”. Desta forma, o princípio da isonomia traz a ideia de dar a mesma oportunidade a todos os particulares que tem vontade em oferecer produtos ou serviços à Administração Pública, uma vez que atendam aos requisitos mínimos exigidos. Isto porque a Administração não só pode como deve estabelecer condições mínimas de participação, com a definição prévia de características técnicas, legais e econômicas exigida dos licitantes, a fim de garantir a melhor proposta para ela (o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração será apresentado a seguir). Nesta direção, Meirelles (2010, p. 41) assevera que o princípio da isonomia

[...] não impede que a Administração estabeleça requisitos mínimos de participação, desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, em conformidade com o previsto nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666, de 1993.

Assim, fica vedado qualquer tipo de favorecimento ou discriminação entre os participantes que estão na mesma condição (neste aspecto, relacionando-se com o princípio da impessoalidade e da legalidade). Outra conotação deste princípio impede que a Administração Pública, utilizando de sua prerrogativa de determinar as condições mínimas de participação no certame, estabeleça critérios que certamente levarão ao direcionamento a um fornecedor ou grupo de fornecedores, ou que não tenham pertinência com os requisitos técnicos indispensáveis à boa execução dos serviços. Isso acontece porque o acesso à Administração Pública deve ser o mais amplo possível, como se pode inferir de reiteradas decisões de órgãos de controle como o TCU²⁵ ou o STF. Niebuhr (2012, p. 42), que afirma que o princípio da

²⁴ SANTOS, Washington dos. Dicionário Jurídico Brasileiro / Washington dos Santos. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 131.

²⁵ DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) contra ato do Tribunal de Contas da União consubstanciado no **Acórdão TCU n. 2.681/2008, que determinou a anulação de licitação realizada pela empresa pública**. 2. O procedimento licitatório tinha por objeto a contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços especializados de advocacia perante a Justiça Federal, Justiça comum e Justiça do

isonomia é o mais importante para a licitação pública, corrobora a tese de que é permitido desigualar, mas ressalva que para isso seja legítimo é necessário que a desigualdade esteja amparada e justificada no interesse público.

1.3.7 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração

Em primeiro lugar, deve-se fazer a ressalva que a proposta mais vantajosa não é, como o senso comum pode indicar à primeira vista, necessariamente aquela com o menor preço, porque se deve compreendê-la sob o prisma das determinações constitucionais de economicidade e eficiência. A ideia central deste princípio é a busca pela melhor relação de custo x benefício para a Administração Pública. O que ocorre muitas vezes é o edital prever que a licitação será do tipo menor preço: ou seja, que será o vencedor do certame aquele que apresentar, dentre as propostas consideradas válidas de acordo com o edital, a de menor valor. A Licitação pode ainda ser do tipo “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”. Os tipos licitatórios serão detalhados no capítulo seguinte.

Justen Filho (2012, p. 61) nos traz a seguinte conceituação do que seria uma proposta mais vantajosa para a Administração:

Trabalho no Estado de Goiás. O Edital n. 1/2008 adotou a modalidade concorrência do tipo técnica e preço. 3. O TCU anulou a licitação, entendendo que 'a principal irregularidade diz respeito aos requisitos técnicos, em especial a experiência forense em 1ª instância, 2ª instância, em instância superior e em ações rescisórias, requisitos para os quais o edital em tela atribui pontuação extra para licitantes que comprovarem atividade exercida em empresa pública e ainda mais pontos, se for comprovada experiência na prestação de serviços relacionados com o objeto finalístico previsto no estatuto da CONAB' [fls. 5/6]. 4. **Determinou que nos futuros editais fossem observadas 'a adequação e compatibilidade das comprovações requeridas com o objeto licitado, de modo a atribuir pontuação proporcional à relevância e à contribuição individual e conjunta de cada quesito para a execução contratual, observando-se, ainda, a pertinência deles em relação à técnica a ser valorada, de modo a não prejudicar a competitividade da disputa ou, ainda, sem relação de pertinência com os requisitos técnicos indispensáveis à boa execução dos serviços'** [fls. 4/5]. Essas medidas, segundo a autoridade coatora, impediriam o favorecimento de licitantes que prestam ou prestaram serviços à CONAB. [...] 13. **A Lei n. 8.666/93 preconiza a observância da isonomia entre os participantes nos procedimentos licitatórios da Administração Pública.** O preceito do art. 3º, § 1º, I, proíbe a inclusão de cláusulas, no edital, que restrinjam o caráter competitivo do certame, estabelecendo distinções impertinentes ao objeto do contrato. [...] Nesses termos, verifica-se que as pontuações dos requisitos não estão devidamente sopesadas, favorecendo, de forma desarrazoada, tendo em vista as distorções nas ponderações estabelecidas no edital, as empresas que prestam ou prestaram serviço à Conab e, em menor grau, àquelas que atuaram na representação de uma empresa pública federal. **Indefiro o pedido de medida liminar.** Remetam-se os autos à Procuradoria Geral da República para a elaboração de parecer. Publique-se. (STF - MS: 27813 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/02/2009, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 13/02/2009 PUBLIC 16/02/2009). **(grifo nosso)**

A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

1.3.8 Princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Como exposto anteriormente, este princípio foi acrescentado ao Art. 3º da Lei 8.666/1993 por meio de alteração trazida pela Lei 12.349/2010. Este diploma legal também acrescentou margem de preferência de até 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras levando em consideração, entre outros, a geração de emprego e renda e o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

O princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável²⁶ estabelece que a Administração Pública deva considerar critérios e práticas de sustentabilidade ao contratar serviços e obras. Estes critérios devem estar objetivamente definidos no instrumento convocatório e sua adoção precisará ser justificada nos autos. Ressalte-se que o caráter competitivo do certame tem que ser preservado. O Art. 3º da Lei 8.666/1993, no que se refere ao desenvolvimento nacional sustentável, é regulamentado²⁷ pelo Decreto 7.746/2012.

²⁶ A definição de desenvolvimento sustentável surgiu no chamado “Relatório Brundtland”, de 1987, e foi definido como aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Vide Nosso Futuro Comum, 2. Ed., Rio de Janeiro: FGV, 1991.

²⁷ O Decreto 7746/2012 regulamenta o art. 3º da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.

1.3.9 Princípio da igualdade

Inicialmente, traz-se a clássica definição de igualdade de Ruy Barbosa “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”. Para Mello (2012, p. 542) o princípio da igualdade engloba o princípio da isonomia: este representaria o dever de a Administração Pública tratar a todos que participarem da licitação sem distinção; àquele se acrescentaria a obrigação de dar oportunidade a qualquer um de participar, caso deseje, desde que possam oferecer as condições indispensáveis de garantia exigidas. O princípio da igualdade está estabelecido no Art. 37, XXI, da CF/88:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. **(grifo nosso)**

Nesta linha, o Art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993 proíbe de forma expressa aos agentes públicos restringir a competição²⁸ nas licitações públicas:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

²⁸ Assuntos: AÇÚCAR, PREGÃO ELETRÔNICO e REGISTRO DE PREÇOS. DOU de 01.06.2015, S. 1, p. 120. Ementa: o TCU deu ciência ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) sobre as seguintes **impropriedades detectadas no Pregão Eletrônico 16/2015: b) exigência de certificado** de classificação do produto emitido por órgão competente federal, estadual ou municipal, conforme item 13 da Instrução Normativa do Ministério da Agricultura nº 8, de 11.06.2003, uma vez que as características do produto licitado não podem ser aferidas a partir da classificação do grão cru, mas por análise laboratorial microbiológica, físico-química, sensorial e macroscópica, **situação que vai contra o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que veda a inserção de condições impertinentes ou irrelevantes para o objeto que se pretende contratar**; (alínea “b”, item 1.6.1, TC-008.601/2015-1, Acórdão nº 2.941/2015-1ª Câmara). **(grifo nosso)**

Conforme assinalado anteriormente, a Lei Complementar 123/2006 instituiu critérios para beneficiar Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas licitações públicas configurando-se, assim, numa exceção legal à aplicação deste princípio. Neste mesmo sentido, a Lei Complementar 147/2014 também fez alterações²⁹ na Lei 8.666/1993, inserindo nela dispositivos que exigem explicitamente “o tratamento diferenciado e favorecido” a estas empresas. Isto porque o que se busca é a igualdade material e não apenas formal. É de fácil compreensão que as chances de micro e pequenas empresas serem bem sucedidas em uma disputa com empresas de maior porte nas licitações governamentais são baixas; por isto se justifica este tratamento desigual.

1.3.10 Princípio da probidade administrativa

Os princípios da moralidade e da probidade administrativa não possuem definição precisa, gerando discordâncias na doutrina. Justen Filho (2012, p. 76) acredita que a moralidade englobaria o conceito de probidade, entendida como a obrigação de o administrador público e o particular que trata com a Administração agirem de maneira honesta e séria. A maior parcela dos autores trata os dois princípios como sinônimos, ou os interpretam de maneira conjunta, não obstante serem tratados como princípios distintos pelo art. 3º da Lei 8.666/93.

A CF/88 determina em seu art. 37, § 4º, que os atos de improbidade tenham como consequência³⁰ a suspensão dos direitos políticos, a perda da função

²⁹ Art. 10. A Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

.....

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos **devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte** na forma da lei.

[...]

Art. 5º-A: As normas de licitações e contratos **devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte** na forma da lei.” (grifo nosso).

³⁰ Art. 37. § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, além de eventuais sanções penais. A punição de qualquer agente público, servidor ou não, por atos de improbidade³¹ contra a Administração Pública é regulamentada pela Lei 8.429/1992.

1.3.11 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece que a Administração se vincula às normas e condições do edital, conforme estabelecido pelo *caput* do Art. 41 da Lei 8.666/1993: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Este princípio está diretamente ligado ao princípio da legalidade. O edital deve assim indicar de modo claro e objetivo o que se espera dos licitantes como, por exemplo, quais os documentos e as certidões que serão exigidas para a comprovação dos requisitos para habilitação. Ressalte-se novamente que tudo o que for solicitado dos participantes deve manter correlação com o objeto da licitação.

O artigo citado anteriormente³² dá ao cidadão e ao licitante o direito de impugnar o edital. Esta Lei ainda determina³³ em seu Art. 43, V, que o julgamento e classificação das propostas da licitação será processada de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. Nem poderia ser diferente, uma vez que não seria lógica a hipótese de a Administração Pública não cumprir o edital cujas

³¹ A Lei 8.429/1992 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

³² Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º. **Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei**, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º. **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. **(grifo nosso)**

³³ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

regras ele mesmo redigiu, dentro do campo de discricionariedade permitido pela legislação. Uma vez que as condições do certame estão decididas, elas vinculam a Administração Pública. Por isso, caso a autoridade encontrar qualquer problema no edital tem o dever de corrigi-lo, informando a alteração pelos mesmos canais que o divulgou e, evidentemente, abrindo novos prazos, a menos que a correção não altere a formulação³⁴ das propostas.

Di Pietro (2010, p. 360) alerta que este princípio também se aplica aos licitantes pois os mesmos não podem deixar de atender ao instrumento convocatório: “se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão inabilitados [...]; se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados”. Por isso, é de vital importância que aqueles que queiram participar de uma licitação pública analisem o edital de maneira criteriosa para que possam fazer questionamentos ou, eventualmente, tentar a sua impugnação, que pode ser parcial ou total, dentro do determinado pelo Art. 41 da Lei 8.666/1993.

Meirelles (2010, p. 52) destaca que o princípio de vinculação ao edital não é “absoluto”, não podendo obstaculizar a sua interpretação à Administração Pública ou a apreciação do Judiciário, nem ser usado como artifício para desclassificar propostas com simples omissões ou erros irrelevantes.

1.3.12 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo busca afastar a possibilidade de que as decisões tomadas estejam sujeitas ao arbítrio da Comissão de Licitação, obrigando-a a seguir aos critérios objetivos de julgamento previamente escolhidos pela Administração Pública e externalizados por meio do edital. Ele está expresso nos artigos 44 e 45 da Lei 8.666/1993, que estabelecem:

Art. 44. No julgamento das propostas, **a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite**, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

³⁴ Art. 21, § 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

[...]

Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite** realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. **(grifo nosso)**

Desta maneira, percebe-se que este princípio está intimamente ligado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Para Justen Filho (2012, p. 75) “a impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanções do princípio da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade”.

Assim, chega-se ao fim do primeiro capítulo, no qual foram apresentadas as conceituações de Administração Pública, de Licitação Pública e de seus princípios correlatos. No segundo capítulo, serão apresentadas as modalidades e os tipos de licitações públicas no Brasil e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

2. CAPÍTULO II - MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO E O RDC

Neste capítulo, serão inicialmente elencados as modalidades e os tipos de licitações públicas no Brasil. O Art. 22 da Lei 8.666/1993 dispõe sobre as seguintes modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Este artigo estabelece que é proibida a criação de outras modalidades ou a combinação delas. Contudo, atualmente, tem-se a Lei 10.520/2002, que regula uma nova modalidade de licitação denominada pregão. Há também a modalidade denominada consulta, cuja legalidade é polêmica, criada pela Lei 9.472/1997 e destinada às agências reguladoras.

Após as modalidades, serão explicitados os tipos de licitação, descritos nos artigos 45 e 46 da Lei 8.666/1993: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, sendo vedada a utilização de outro tipo de licitação.

Por fim, foi incluída neste capítulo uma descrição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criado pela Lei 12.462/2011. Este Regime não pode ser enquadrado como uma “modalidade” ou “tipo” de licitação. Ele tem atualmente grande relevância para as licitações públicas no Brasil e também é uma das bases do Projeto de Lei do Senado 559/2013, o qual busca instituir novas normas gerais para licitações e contratos no País, e que será analisado no capítulo III.

2.1 Modalidades de Licitação

As diferentes modalidades licitatórias foram criadas para atender diferentes formas de contratações públicas. Careceria de sentido manter um mesmo procedimento para coisas tão díspares quanto a construção de uma usina hidrelétrica, a venda de um imóvel ou a compra de material de escritório. Em decorrência desta variedade de necessidades, foram criadas modalidades que se diferenciam por itens como valor envolvido, prazo e alcance para publicidade do instrumento convocatório e requisitos para habilitação.

As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do Art. 22 da Lei 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços e convite) são classificadas como “comuns” por Justen Filho (2012, p. 292), com seu uso sendo determinado em

função dos valores estimados da contratação, como determinado pelo Art. 23 daquela Lei. O mesmo autor denomina o concurso e o leilão como modalidades de licitação “especiais”, por serem destinadas a fins específicos.

2.1.1 Concorrência

O Art. 22, § 1º, da Lei 8.666/1993 traz a definição de concorrência:

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

A concorrência é a modalidade utilizada, conforme estabelecido no Art. 23 da referida Lei, para contratação de valores mais elevados - obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e para as demais compras e serviços R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) - por isto possui requisitos e prazos maiores (45 ou 30 dias). A Lei 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, acrescentou o § 8º ao Art. 23 da Lei 8.666/1993, permitindo que estes valores sejam multiplicados por 2 (dois) se o consórcio for composto por até 3 entes federativos; e por 3 (três) quando formado por maior número.

Os prazos estabelecidos na Lei 8.666/1993 são contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde, até a data do primeiro ato formal exigido para participação. Conforme determinado³⁵ no Art. 110 desta Lei, exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do vencimento na contagem dos prazos estabelecidos.

A concorrência é utilizada para a concessão de serviços públicos e de direito real de uso e para a compra e a alienação de imóveis qualquer que seja o

³⁵ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

valor. Ressalve-se que os imóveis da Administração Pública adquiridos por meio de procedimentos judiciais, ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente.

O Art. 17, I, da Lei 8.666/1993 obriga, em regra, a obtenção de autorização legislativa³⁶ quando os bens imóveis a serem alienados pertencerem a órgãos da administração direta e a entidades autárquicas e fundacionais.

Para Di Pietro (2010, p. 382), “concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital”. Como nela a participação é livre, seria imprescindível uma fase de habilitação preliminar, na qual os interessados deveriam comprovar sua qualificação, para cada concorrência de que participassem. Ainda de acordo com esta autora, da definição legal decorrem suas características básicas: a ampla publicidade e a universalidade.

A primeira característica seria assegurada pela publicação no Diário Oficial da União e/ou do Estado/Distrito Federal, dependendo do ente que o executa e da origem dos recursos (se, por exemplo, for realizada obra pelo Governo Estadual ou Distrital, mas com recursos federais, deverá ser publicada nas duas publicações oficiais); aliado à publicação em um jornal de grande circulação no Estado ou na Região na qual será feita a obra ou prestado o serviço. A segunda se caracteriza pela possibilidade de a participação ser franqueada a quaisquer interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação estabelecidos no instrumento convocatório para execução do seu objeto na fase de habilitação preliminar.

Atualmente, já está incorporada ao dia-a-dia das repartições públicas brasileiras o uso da rede mundial de computadores (internet), não só como ferramenta de trabalho, mas também como veículo de comunicação e prestação de serviços aos cidadãos, e não apenas para licitações. Um exemplo é o estabelecido pelo Art. 8º, § 2º, da já citada Lei 12.527/2011 - lei de acesso à informação:

³⁶ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - **quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais**, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia **e de licitação na modalidade de concorrência**, dispensada esta nos seguintes casos: **(grifo nosso)**

Art. 8º **É dever dos órgãos e entidades públicas** promover, independentemente de requerimentos, **a divulgação** em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, **de informações de interesse coletivo ou geral** por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2º **Para cumprimento do disposto no caput**, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, **sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).** (grifo nosso)

Assim, por serem evidentemente as licitações públicas e os contratos administrativos (que serão as consequências do processo licitatório) informações de interesse da coletividade, eles estão abarcados por esta Lei. Neste sentido, a Lei 13.080/2015 (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2015) prevê a divulgação na internet³⁷ das informações sobre os contratados pela Administração Pública e dos instrumentos de contratação.

Desta forma, constata-se hoje em dia há a obrigação de o sítio oficial do órgão ou entidade na internet divulgar sobre as licitações públicas e os contratos administrativos. Além disto, o governo federal mantém há alguns anos um sítio eletrônico exclusivo³⁸ para compras. E, futuramente, com a massificação cada vez maior da internet, há a tendência de esta divulgação deixar de se utilizar do canal da imprensa escrita, até por uma questão de redução de custos para o erário, migrando definitivamente para o mundo virtual. Há de se ressaltar que a divulgação destas informações na internet não substitui a publicação na imprensa oficial.

2.1.2 Tomada de preços

O Art. 22, § 2º, da Lei 8.666/1993 define a tomada de preços:

³⁷ Art. 124. **Os órgãos orçamentários manterão atualizados na internet a relação dos contratados**, com os respectivos valores pagos nos últimos três anos, **e a íntegra dos contratos e convênios**, termos ou instrumentos congêneres vigentes, exceto os sigilosos, nos termos da legislação.

Art. 125. **Os instrumentos de contratação de serviços de terceiros** deverão prever o fornecimento pela empresa contratada de informações contendo nome completo, CPF, cargo ou atividade exercida, lotação e local de exercício dos empregados na contratante, **para fins de divulgação na internet.** (grifo nosso)

³⁸ Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

§ 2º. Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

A tomada de preços é a modalidade utilizada para contratação de valores intermediários, por isto tem requisitos e prazos inferiores ao da concorrência (30 ou 15 dias), como estabelecido pelo Art. 23 da Lei 8.666/1993.

Nesta modalidade, a habilitação se daria, a princípio, previamente ao início do certame, tornando-a mais célere. A habilitação feita antecipadamente é aproveitada para outras tomadas de preço (ao contrário da concorrência). Mas, a fim de ampliar a competição, permite-se a inscrição àqueles que não anteriormente cadastrados, desde que o façam até três dias antes do recebimento das propostas.

Como ensina Justen Filho (2012, p. 294), esta abertura dada pela Lei acaba por poder trazer consigo uma dificuldade no desenrolar da licitação se, por exemplo, o intervalo de 3 (três) dias for insuficiente para a análise pela Administração dos requisitos exigidos ou se, uma vez analisado e o pedido de cadastramento for indeferido, o postulante entrar com recurso, ou ainda o contrário: o cadastramento ser deferido e os demais participantes recorrerem contra esta decisão, gerando-se efeito suspensivo de 5 dias por força³⁹ do Art. 109, I, “a”, da Lei 8.666/1993. Neste caso, o autor defende que a data para entrega das propostas não precisa ser alterada; todavia a sua abertura somente ocorrerá quando o impasse estiver resolvido, não gerando qualquer prejuízo aos participantes.

Di Pietro, citando lição de Toshio Mukai, apresenta como sugestão em relação aos licitantes não cadastrados que apresentam a documentação para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas aceitar a participação no certame e “[...] se no curso do procedimento licitatório a Comissão de Cadastro vier a indeferir o cadastramento a empresa deverá ser desqualificada por fato superveniente” (Di Pietro, 2010, p. 383-384 apud MUKAI,

³⁹ Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

1994, p. 40). Este procedimento estaria alicerçado⁴⁰ no Art. 43, § 5º, da Lei 8.666/1993.

Por fim, admite-se tomada de preços para licitações internacionais desde que o valor esteja dentro dos parâmetros legais e o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores.

2.1.3 Convite

O Art. 22, § 3º, da Lei 8.666/1993 apresenta a definição de convite:

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

O convite é uma modalidade de licitação mais simplificada em comparação com a tomada de preços e a concorrência. A Administração Pública tem a liberdade de escolher os participantes, estando eles cadastrados ou não, enviando-lhes diretamente o convite. Uma cópia do instrumento convocatório deve ser afixada no mural de avisos da repartição, em local visível ao público para que aqueles cadastrados, e que não tenham sido convidados, possam se habilitar em até 24 horas antes da entrega dos envelopes.

Caso existam disponíveis mais de 3 (três) possíveis interessados deve-se, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado, chamar pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. Se não se conseguir três participantes, seja por limitações do mercado ou por manifesto desinteresse dos convidados, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

⁴⁰ Art. 43, § 5º. Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, **salvo em razão de fatos supervenientes** ou só conhecidos após o julgamento. **(grifo nosso)**

Não é incomum um convite deixar de angariar 3 (três) participantes em uma cidade pequena ou mesmo em uma capital como Florianópolis, se o que estiver sendo solicitado pela Administração Pública for muito específico como, por exemplo, serviços técnicos relativos a patrimônio histórico.

Ainda nesta modalidade licitatória, por ser de menor complexidade e envolver valores mais baixos, a Comissão de Licitação pode, nas pequenas unidades administrativas e em face da baixa quantidade de pessoal disponível, excepcionalmente, ser substituída por apenas um servidor formalmente designado pela autoridade competente, conforme permitido⁴¹ pelo Art. 51, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Na tomada de preços e no convite esta fase de habilitação não deveria existir pela presunção de que todos os licitantes estivessem antecipadamente habilitados. Contudo, na prática, os administradores públicos acabam por exigir nos respectivos instrumentos convocatórios a apresentação dos documentos de habilitação antes das aberturas das propostas. Isso se dá porque a Lei 8.666/1993, em seu Art. 22, permite a participação de licitantes na tomada de preços que atendam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, e também de participantes não cadastrados no convite. Assim, a Administração Pública faz esta exigência pelo temor de que empresas não habilitadas vençam estes certames.

É vedada a utilização do convite ou da tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente. Esta prática, conhecida como fracionamento, é reiteradamente combatida⁴² pelos órgãos de controle, como o TCU,

⁴¹ Art 51, § 1º. No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

⁴² Assunto: **FRACIONAMENTO**. DOU de 30.09.2014, S. 1, p. 103. Ementa: recomendação à Capitania dos Portos do Amapá para que adote, quando do seu planejamento anual, medidas mitigatórias de risco para evitar a fragmentação de despesas e a inobservância dos limites **para dispensa de licitação, atendendo ao previsto no art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993** e no Acórdão nº 3.590/2007-1ªC (item 1.9, TC-018.500/2013-7, Acórdão nº 2.541/2014-Plenário). **(grifo nosso)**

principalmente para os casos em que ele é feito na tentativa de se fazer a contratação pela dispensa em decorrência de seu baixo valor.

Admite-se convite para licitações internacionais desde que o valor esteja dentro dos parâmetros legais e não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

2.1.4 Concurso

O Art. 22, § 4º, da Lei 8.666/1993 estabelece a definição de concurso:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Assim, o fator determinante para a sua utilização não é o valor do objeto, mas sua natureza, porque o concurso só pode ser aplicado à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico. Ele deve ser precedido por regulamento próprio, o qual indicará: 1) a qualificação exigida dos participantes; 2) as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; 3) as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos. Desta maneira, o concurso pode ser restrito a determinada categoria profissional (como arquitetos para a escolha do projeto da nova sede de um órgão) ou franqueada a qualquer pessoa (para a escolha do slogan ou da logomarca de um evento).

Justen Filho (2012, p. 300-301) aponta que no concurso a proposta do interessado já traz consigo, na maioria das vezes, o “produto” já pronto, ao contrário das outras modalidades, em que se disputa a chance de poder entregar o objeto do certame (seja ele produto ou serviço) a *posteriori*. Em razão disto, o prazo para apresentação dos trabalhos no concurso deve ser compatível com a complexidade exigida. Ademais, há casos em que a fase de habilitação é posterior à escolha do vencedor. Isto ocorreria para evitar o constrangimento dos participantes que não fossem premiados ou ainda uma eventual influência sobre os julgadores. Nesta situação, o instrumento convocatório poderia estabelecer formas de anonimato para

participação. Depois de selecionado o vencedor, a Administração verificaria se os requisitos de habilitação foram cumpridos.

Também diferentemente das formas “comuns” de licitação, as quais são julgadas por uma Comissão de Licitação ou servidor responsável pelo convite, o concurso é julgado por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não, conforme estabelecido pelo Art. 51, §5º, da Lei 8.666/1993. O julgamento do concurso será eminentemente subjetivo. Contudo, os critérios de seleção devem ser estabelecidos com antecedência no edital. Em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, sendo obrigatória a observação do disposto⁴³ no Art. 111 da Lei 8.666/1993.

Deve-se observar que o Art. 13, §1º, da Lei 8.666/1993 determina que:

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

Neste sentido, havia a súmula nº 157 do TCU que estabelecia:

A elaboração de projeto de engenharia e arquitetura está sujeita, em princípio, ao concurso ou ao procedimento licitatório adequado e obediente a critério seletivo de melhor qualidade ou de melhor técnica, que é o escopo do julgamento, independentemente da consideração de preço, que há de vir balizado no edital.

Contudo, esta súmula do TCU foi cancelada⁴⁴ no final de 2012. Apesar de o Art. 13, §1º, da Lei 8.666/1993 dar preferência ao concurso, não é incomum a seleção para prestação de serviços técnicos profissionais especializados se dar por modalidades como convite ou tomadas de preços.

⁴³ Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

⁴⁴ O cancelamento se deu na Sessão de 10/12/2012, Acórdão Nº 3468/2012 - TCU - Plenário – Ata 51, rel. Min. Ana Arraes, TC-012.204/2009-7, DOU 17/12/2012.

2.1.5 Leilão

O Art. 22, § 5º, da Lei 8.666/1993 define Leilão:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Justen Filho (2012, p.302) critica o uso da expressão “penhorados” por este artigo da Lei 8.666/1993:

A Lei 8.666/1993 cometeu erro jurídico evidente, ao introduzir a referência à venda de produtos “penhorados”. O bem penhorado é aquele apreendido em processo de execução, por ato do Estado-jurisdicção, para garantia da satisfação do direito do credor munido de título executivo. A Administração não pode alienar bens “penhorados”, atividade privativa do Poder Judiciário, que se desenvolve mediante regras próprias. Possivelmente, a Lei pretendia indicar os bens “empenhados” (ou seja, objeto de contrato de penhor).

A principal diferença do leilão para as demais modalidades licitatórias é que, neste caso, a Administração Pública está alienando bens ou outorgando direitos, enquanto as outras modalidades são para a aquisição de produtos ou serviços. Assim, o interesse do Estado é conseguir pagar o preço mais baixo possível quando quer adquirir algo; no leilão, é justamente o oposto, porque a intenção é angariar o máximo valor.

Não é preciso que os interessados passem por qualquer habilitação prévia porque a venda é normalmente à vista ou em período bem reduzido sendo, nesta situação, exigido um percentual não inferior a 5% de entrada, que poderá ser perdido se o arrematante não quitar o valor restante no prazo fixado no edital. Outra diferença em relação às demais modalidades de licitação é a oportunidade de todos os participantes fazerem quantas propostas quiser, respeitado o valor de avaliação mínimo para arrematação estabelecido no instrumento convocatório.

A Administração Pública poderá permitir o leilão para a alienação de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em até R\$ 650.000,00 (seiscentos e

cinquenta mil reais), conforme estatuído⁴⁵ pelo Art. 17, § 6º, da Lei 8.666/1993. Se estes bens forem avaliados acima deste valor, a venda deverá ser obrigatoriamente por concorrência. O citado artigo estabelece que a alienação de quaisquer bens da Administração Pública será subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, precedida de avaliação prévia dos bens e por meio de licitação pública (a modalidade dependerá do caso em concreto).

Para os bens imóveis que a Administração Pública tenha recebido em decorrência de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente por meio de leilão (ou também por meio de concorrência, como já anteriormente citado), em consonância⁴⁶ com o Art. 19, III, da Lei 8.666/1993.

Meirelles (2010, p.127) escreve que a Administração pode se valer de dois tipos de leilão: 1) o comum, privativo de leiloeiro oficial, onde houver, e regido pela legislação federal pertinente, com condições específicas que poderão ser estabelecidas pela Administração, observando-se os princípios básicos da licitação; 2) o administrativo, realizado por servidor público, que antes da Lei 8.666/1993 apenas era permitido para mercadoria abandonadas ou apreendidas como contrabando. O autor afirma que o essencial é que o procedimento para a realização do leilão atenda às normas relativas aos leilões em geral. As regras para a efetivação do leilão estão elencadas no Art. 53 da Lei 8.666/1993:

Art. 53. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

§ 1º Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação.

§ 2º Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5% (cinco por cento) e, após a

⁴⁵ Art. 17, § 6º. Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

⁴⁶ Art. 19. Os **bens imóveis** da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de **procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por** ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de **concorrência** ou **leilão**. (grifo nosso)

assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido.

§ 3º Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas.

§ 4º O edital de leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará.

O leilão pode ser utilizado pela União para promover a privatização, simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, sendo necessária a venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário, como disposto⁴⁷ pelo Art. 27, I, da Lei 9.074/1995. O Art. 29 desta Lei permite que o leilão também possa ser adotado nas licitações relativas à outorga de nova concessão com a finalidade de promover a transferência de serviço público prestado por pessoas jurídicas.

Di Pietro (2010, p. 387) pontua que nada é dito acerca bens semoventes⁴⁸ na Lei 8.666/1993, ao contrário do Art. 20, §5º, do Decreto-Lei 2.300/86, diploma legal que dispunha⁴⁹ sobre licitações e contratos da Administração Federal antes da Lei 8.666/1993. Contudo, a autora advoga a tese de que se pode aplicar a mesma regra dos bens móveis.

2.1.6 Pregão

O Art. 22, § 8º, da Lei 8.666/1993 estabelece que “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Esta

⁴⁷ Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário.

⁴⁸ Consideram-se semoventes ou móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou remoção for força alheia, sem a alteração da substância ou destinação econômica ou social, como é o caso dos rebanhos.

⁴⁹ Art. 20, §5º. Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis e **semoventes** inservíveis para a Administração, ou de produtos legalmente apreendidos, devolvidos a quem de direito ou utilizados no serviço público. **(grifo nosso)**

proibição era para que a Administração Pública não criasse nova modalidade por Decreto ou outro ato administrativo. Evidentemente, isto não impediria o Legislativo de editar futuramente outro diploma legal criando uma nova modalidade licitatória.

Assim, a modalidade de licitação denominada pregão foi criada originalmente pela Lei 9.472/1997, para ser aplicada apenas no âmbito da ANATEL. A Lei 9.986/2000 estendeu esta modalidade a todas as agências reguladoras. A Medida Provisória 2.026/2000 ampliou o seu uso à União, sendo regulamentado pelo Decreto Federal 3.555/2000. Este Decreto veda o uso de pregão para contratações de obras e serviços de engenharia, locações imobiliárias e alienações⁵⁰ em geral.

Em 2002, foi promulgada⁵¹ a Lei 10.520, a qual instituiu pregão para aquisição de bens⁵² e serviços comuns, independentemente do seu valor, estendendo sua abrangência⁵³ para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme estabelecido no seu Art. 1º. Esta Lei também traz normas gerais a serem aplicadas ao pregão, aplicando-se subsidiariamente as normas da Lei 8.666/1993.

Estados e Municípios podem editar normas para atender suas peculiaridades desde que não contrariem as normas gerais estabelecidas por estas duas leis. Desta maneira, o fator preponderante para o seu uso ou não é a natureza de sua contratação e não o seu valor (como temos na diferenciação de convite, tomada de preços e concorrência). Este aspecto pode ser considerado como positivo porque evita a ocorrência de parcelamento na tentativa de burlar os limites legais acerca da modalidade licitatória a ser utilizada.

⁵⁰ Art. 5º. A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

⁵¹ Conversão da MPv 2.182-18, de 2001, que havia sido editada originalmente como MPv 2.062, de 04 de maio de 2000, já citada.

⁵² Art. 1º. **Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão**, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.** (grifo nosso)

⁵³ O Decreto 5.450/2005 estabeleceu a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Assim, percebe-se que o pregão é utilizado pelo governo de maneira oposta ao leilão; neste, busca-se o maior preço para os bens que se quer dispor; naquele se almeja pagar o menor valor para bens e serviços que se quer adquirir. As duas modalidades comungam o procedimento de ofertas de lances sucessivos em sessão pública. Ocorre que, no pregão presencial, os licitantes entregam os envelopes lacrados. Quem ofertou o menor lance e os que estão no intervalo 10% acima deste tem a possibilidade de apresentar lances verbais sucessivamente até que se alcance o menor valor. Se não houver três participantes neste intervalo, são chamados os seguintes (na ordem decrescente de valor) até completar⁵⁴ este número. Finda a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade do primeiro classificado, relativamente ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito.

O pregoeiro ainda poderá negociar diretamente com o proponente a fim de reduzir ainda mais o valor a ser pago pela Administração. O envelope com os documentos de habilitação é aberto após a definição do menor preço. Estando tudo certo, será declarado o vencedor. Caso algum participante queira interpor recurso deverá fazê-lo ao final da sessão registrando na ata a síntese das suas razões, tendo prazo de três dias úteis para juntar memoriais. Se ele for aceito somente serão invalidados os atos insuscetíveis de aproveitamento.

A Lei 10.520/2002 divide o pregão em duas fases: 1) preparatória (Art. 3º) e 2) externa (Art. 4º). O Art. 4º, X, desta Lei estabelece que o pregão será sempre do tipo menor preço. O Art. 5º veda a exigência de: depósito de garantia da proposta; de aquisição do edital para poder participar no certame; ou o pagamento de taxas e emolumentos, salvo para cobrir despesas de confecção do edital. Essas medidas buscam aumentar o leque de participantes. Em contrapartida, esta Lei trouxe punições àqueles que não cumprem o contrato ou o cumpra de maneira insatisfatória. O Art. 7º desta Lei prevê situações⁵⁵ que ensejarão sanções aos

⁵⁴ Caso haja um leilão com as seguintes ofertas: A = 90; B = 95; C = 99; D = 100; E = 102 e F = 105. As empresas no intervalo de 90 (oferta de A) até + 10% deste valor (ou seja 90 + 10% de 90 = 99) podem, se quiserem, cobrir o valor de A, iniciando-se uma disputa com lances sucessivos até se definir o vencedor. Neste exemplo estariam habilitadas para fazer lances A, B e C. Caso B e C não participassem do pregão, seriam chamadas D e E para completar o grupo de três competidores.

⁵⁵ Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e

licitantes, ficando impedidos de licitar e contratar com a Administração Pública por até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A convocação dos interessados para participar do pregão será publicada, qualquer que seja o valor, no Diário Oficial da União e por meio eletrônico, na Internet. A estas duas formas de divulgação serão somadas a publicação em jornal de grande circulação local, regional ou nacional, conforme o vulto da licitação.

2.1.6.1 Pregão Eletrônico

Em 2005, o governo federal regulamentou o pregão eletrônico por meio do Decreto 5.450. Nele ficou estabelecido que o pregão é a modalidade a ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, preferencialmente em sua forma eletrônica, a menos que seja comprovada a sua inviabilidade, tendo a autoridade competente que justificar a sua escolha. Nesta forma, ao contrário da maneira presencial, os licitantes são cadastrados previamente para identificação por meio de uma chave (cartão com chip ou *token*, por exemplo) e senha pessoal intransferível. O edital é divulgado no sítio eletrônico mantido pelo governo federal para este fim.

Os interessados deverão enviar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, caso necessário, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando será encerrada automaticamente a fase de recebimento de propostas. A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet será aberta pelo pregoeiro, que verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital. Caso alguma proposta seja desclassificada, esta decisão deverá ser fundamentada e registrada no sistema, para que todos os participantes possam acompanhar em tempo real.

contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Todas as propostas contendo a descrição do objeto, valor e eventuais anexos estarão disponíveis na internet. O sistema ordenará, automaticamente, aquelas classificadas pelo pregoeiro, que iniciará a fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico, tendo acesso ao lance de menor valor, vedada a identificação do seu autor.

Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo que ela seja negociada em condições diferentes daquelas previstas no edital. Constatado o atendimento às exigências fixadas no instrumento convocatório, o licitante será declarado vencedor.

Se qualquer outro licitante quiser entrar com recurso, ele deverá fazê-lo de forma imediata e motivada durante a sessão pública, sob pena de decadência desse direito, sendo-lhe concedido o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso. Os demais licitantes serão imediatamente intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses. Caso não haja recursos ou quando eles estiverem decididos e for constatada a regularidade dos atos procedimentais, a autoridade competente está autorizada a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

2.1.7 Consulta

Esta foi mais uma modalidade criada originalmente pela Lei 9.472/1997 para ser aplicada apenas no âmbito da ANATEL e que, posteriormente, foi estendida a todas as agências reguladoras pela Lei 9.986/2000. A consulta não pode ser utilizada para contratação de obras e serviços de engenharia civil e nem para bens e serviços comuns, para os quais se deve usar pregão, estando prevista nos artigos 54, 55 e 58 da Lei 9.472/1997, dos quais se destacam alguns trechos:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, **a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.**

Art. 55. **A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência,** observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

[...]

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

[...]

Art. 58. A licitação na modalidade de **consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.**

Parágrafo único. **A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente. (grifo nosso)**

Examinando-se estes artigos depreende-se que esta Lei deu à ANATEL (uma agência reguladora vinculada ao Poder Executivo) o poder de disciplinar uma nova modalidade licitatória por ato administrativo, numa questão polêmica quanto à sua constitucionalidade. Numa decisão apertada (6 x 5), o plenário do STF, em decisão liminar no bojo da Ação⁵⁶ Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1668-5 DF, declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 54, bem como dos artigos 55 a 58 da Lei 9.472/1997, que criaram as modalidades de licitação de consulta e de pregão.

Votaram pela constitucionalidade os Ministros Nelson Jobim, Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso e Ilmar Galvão, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e o Presidente (Ministro Celso de Mello). Esta decisão encontrou forte discordância na doutrina, como pode ser percebido pelas palavras de Alexandrino (2009, p. 597, nota de rodapé):

⁵⁶ A ADI 1668-5 DF foi interposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB).

Nossa opinião é que essa previsão de ser disciplinada (e não apenas regulamentada) modalidade de licitação não prevista na Lei 8.666/1993 por uma entidade administrativa **é grosseiramente inconstitucional**, um total menoscabo para com as mais mezinhas normas de qualquer ramo do direito público. **(grifo nosso)**

O Conselho Diretor da ANATEL, no uso da competência que lhe foi delegada pelo Art. 22, incisos II e IV, e Art. 50 da Lei 9.472/1997, aprovou o Regulamento de Contratações da Agência Nacional de Telecomunicações por meio da Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998. A consulta é tratada entre os artigos 14 a 16.

Da análise⁵⁷ dos artigos 14 e 15, pode-se concluir que a consulta é para aquisição de bens ou serviços não comuns, definidos como aqueles com diferenças de desempenho e qualidade, insuscetíveis de comparação direta, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação. É afastada a legislação geral para a Administração Pública (Lei 8.666/1993), a menos que a Agência, a seu critério, queira adotá-la.

Examinando-se⁵⁸ o Art. 16, percebe-se que são chamadas pelo menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, retiradas de uma lista aprovada pela autoridade

⁵⁷ Art. 14. **Para aquisição de bens ou serviços não comuns, a Agência adotará, preferencialmente, a licitação na modalidade de consulta**, que será regida por este Regulamento e, de modo subsidiário, pelas normas procedimentais contidas no Regimento Interno, **não se lhe aplicando a legislação geral para a Administração Pública.**

Parágrafo único. Em casos especiais **e a seu critério, a Agência poderá adotar**, motivadamente, para as contratações a que se refere o caput, as modalidades da legislação geral para a Administração Pública.

Art. 15. Consulta é a modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns.

Parágrafo único. **Consideram-se bens e serviços não comuns aqueles com diferenças de desempenho e qualidade, insuscetíveis de comparação direta**, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação, em casos como o dos trabalhos predominantemente intelectuais, da elaboração de projetos, da consultoria, da auditoria e da elaboração de pareceres técnicos, bem assim da aquisição de equipamentos sob encomenda e de acordo com especificações particulares da Agência ou de outros bens infungíveis. **(grifo nosso)**

⁵⁸ Art. 16. Aplicam-se à consulta as seguintes regras:

I - na fase preparatória **a autoridade competente (art. 6º) aprovará a lista de pessoas a serem chamadas a apresentar propostas**, bem como a composição do júri que as avaliará e os critérios de aceitação e julgamento das propostas;

competente, para apresentarem propostas (ao invés de três no convite). Esta autoridade também aprovará a composição do júri, constituído de pelo menos três pessoas, servidores ou não da Agência. A escolha tanto das empresas quanto dos membros do júri deverá ser justificada nos autos. O prazo mínimo é contado em dias úteis (pelo menos oito). Há a previsão expressa para o júri sanar falhas nas propostas. As decisões são por maioria, devendo os jurados proferir votos individuais fundamentados, por escrito.

Após serem apresentadas as modalidades licitatórias, serão expostos os tipos de licitação.

2.2 Tipos de Licitação

Tipos de licitação são as maneiras através das quais serão realizadas as avaliações das propostas apresentadas e a determinação do vencedor. A definição deles vem ao encontro da busca pelo estabelecimento de critérios objetivos de julgamento. A Lei 8.666/1993, em seu Art. 45, § 1º, lista os seguintes tipos licitatórios: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta.

II - **o júri será constituído de pelo menos três pessoas** de elevado padrão profissional e moral, servidores ou não da Agência, **devendo sua indicação ser justificada nos autos**, apontando-se sua qualificação;

III - **os licitantes, em número mínimo de cinco**, cuja escolha deverá ser amplamente justificada nos autos, inclusive com os elementos indicativos de sua habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal, serão convocados por qualquer meio seguro, tais como correio e telecomunicação, sempre com comprovante de recebimento;

[...]

V - a convocação fixará prazo razoável e suficiente, não inferior a oito dias úteis, para os interessados formularem suas propostas;

[...]

VIII - constatada a existência de falhas nas propostas ou documentos apresentados, **o júri poderá conceder prazo adequado para saná-las**, observado o dever de tratamento isonômico entre os licitantes;

[...]

XI - **a aceitabilidade das propostas**, em relação ao seu conteúdo e preço, **será decidida por maioria de votos** e a classificação será feita em função das notas que lhes forem atribuídas pelos jurados;

XII - o júri decidirá com independência e imparcialidade, devendo os jurados proferir votos individuais fundamentados, por escrito; **(grifo nosso)**

2.2.1 Menor preço

O Art. 45, § 1º, I, da Lei 8.666/1993 define o tipo menor preço:

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço.

Este é o tipo mais comum, sendo a regra geral dos editais para a contratação de obras, compras, locações e fornecimento de serviços. Desta maneira, vencerá o certame aquele que cobrar o menor valor da Administração Pública, desde que atenda aos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. Este deverá conter de maneira clara todos os critérios objetivos que serão utilizados no julgamento, não podendo haver qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. Isto possibilitará a aferição do edital pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Não poderá ser considerada qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes ou ainda que apresente preços globais ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, a menos que se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. Estes requisitos têm caráter apenas eliminatório, e não classificatório: se o licitante não atingir o patamar mínimo solicitado não poderá participar do restante do certame; mas, se atingir, não terá nenhuma vantagem por isto. Deve-se, mais uma vez, reafirmar que os requisitos devem guardar sintonia com o objeto da contratação.

Niebuhr (2012, p. 496-7) lembra que “padrão mínimo de qualidade” não é sinônimo de baixa qualidade; o “mínimo” está vinculado à necessidade da administração, que pode precisar de um equipamento sofisticado. Neste caso, o mínimo seria um aparelho de alta tecnologia. O autor também alerta que muitas entidades da Administração costumam utilizar em suas licitações o critério de

julgamento do “maior desconto” sobre um valor referencial: quem oferecer o maior desconto vence. Este tipo de licitação seria apenas uma maneira diversa de se apurar o menor preço.

Mello (2012, p. 613-4) traz interessante observação acerca do que seja o menor preço:

Cumpra tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço *nominalmente* mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43. V, art. 55, *caput*, e art. 45), refere-se a “critérios de avaliação”, a “fatores” interferentes com ela, de par com os “tipos” de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementando-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para avaliação das propostas. Assim, rendimento e condições de pagamento, por certo, podem interferir na identificação do preço, propiciando um objetivo reconhecimento daquele que é de veras o menor, ainda quando nominalmente assim não apareça a um primeiro súbito de vista. (*grifo no original*)

A Lei 8.666/1993 prevê, contudo, que mesmo buscando-se o menor preço, é possível desclassificar propostas cujos valores sejam tão baixos que haja desconfiança se eles poderão viabilizar o cumprimento do objeto da licitação pelo vencedor: são as propostas denominadas manifestamente inexequíveis, cuja definição e critérios de apuração estão explicitados no seu Art. 48, *in verbis*:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com **preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade** através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo **consideram-se manifestamente inexequíveis**, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, **as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento)** do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração. (**grifo nosso**)

Por fim, conforme já citado, deve-se recordar que a modalidade pregão utiliza obrigatoriamente o tipo menor preço por força do Art. 4º, X, da Lei 10.520/2002.

2.2.2 Melhor técnica

O Art. 46 da Lei 8.666/1993 estabelece que o tipo de licitação "melhor técnica" será utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos. Neste tipo licitatório, os licitantes devem comparecer com 3 envelopes: além dos habituais documentos de habilitação e de proposta, deverão vir com um envelope com sua proposta técnica para execução do serviço descrito no instrumento convocatório.

Em primeiro lugar, são analisados e classificados os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados, levando-se em consideração itens como capacitação e experiência do proponente e a metodologia a ser utilizada nos trabalhos. Esta avaliação deverá se calcar em critérios objetivos descritos no edital, com a valoração⁵⁹ de cada item a ser considerado, em respeito ao princípio do julgamento objetivo. O instrumento convocatório deve estabelecer a "nota de corte", abaixo da qual as propostas técnicas serão desclassificadas, bem como o preço máximo que a Administração se propõe a pagar. Desta maneira, pode-se determinar que as notas variarão entre zero e dez, estando desclassificadas os participantes que obtiverem notas menores ou iguais a sete, por exemplo.

Após esta classificação, serão abertas as propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valoração mínima e negociadas as condições com a proponente melhor classificada, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima. Se

⁵⁹ Por exemplo, será atribuída pontuação para o profissional que tiver titulação acadêmica na área objeto da contratação: 10 (dez) pontos se tiver Doutorado; 6 (seis) pontos se tiver Mestrado e 3 (três) se possuir especialização. Ou ainda se atribuir 1 (um) ponto por cada ano de experiência profissional (a ser comprovada conforme regras descritas no Edital).

houver impasse nesta negociação, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação. As propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

Meirelles (2010, p. 114) ensina que a licitação por melhor técnica deve ser usada para produtos e serviços de alta complexidade e especialização, que requerem índices de confiabilidade e segurança elevados como usinas atômicas ou centros computacionais. Essas exigências autorizariam a prevalência da técnica sobre o preço, desde que o edital esclareça de maneira conveniente os propósitos da Administração.

2.2.3 Técnica e preço

O tipo “técnica e preço”, assim como o tipo “melhor técnica”, será utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, com o procedimento de julgamento anteriormente explicado acrescido dos seguintes passos descritos no Art. 46, § 2º, da Lei 8.666/1993:

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Desta maneira, a diferença entre os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” é que, na primeira, a negociação do preço acontece diretamente com aquele que obteve a melhor nota técnica, balizando-se no menor valor ofertado entre os que se classificaram (obtiveram a nota mínima exigida). Na segunda, o instrumento

convocatório fixa objetivamente os critérios de ponderação (técnica e preço) para se determinar o vencedor⁶⁰.

O Art. 46, § 3º, da Lei 8.666/1993 prevê que os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” poderão ser adotados excepcionalmente,

[...] por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

O Art. 45, § 4º, da Lei supracitada traz ainda a obrigatoriedade da utilização do tipo de licitação técnica e preço para contratação de bens e serviços de informática, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo, observando-se o disposto no Art. 3º, § 2º, da Lei 8.248/1991. Este último artigo autoriza o uso de pregão para a aquisição de bens e serviços de informática e automação, o que é algo contraditório uma vez que, como anteriormente comentado, o pregão utiliza obrigatoriamente o tipo menor preço. Por isto, o Art. 45, § 4º, da Lei 8.666/1993 é alvo de muitas críticas da doutrina como Alexandrino (2009, p. 580):

Trata-se, como prontamente se constata, **de uma disposição legal de péssima redação**, porque é ilógico falar em “obrigatoriamente”, o tipo da licitação “técnica e preço” e, logo em seguida, permitir outro tipo, desde que em casos especificados em decreto!

Para piorar, o mesmo § 4º do art. 45 manda observar “o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991” [...] autoriza o uso da modalidade pregão de licitação para “aquisição de bens e serviços de informática e automação”, desde que possam ser enquadrados como bens e serviços comuns. Ocorre que **a modalidade pregão adota obrigatoriamente o tipo menor preço. (grifo nosso)**

⁶⁰ Exemplificando: classificadas as licitantes A e B com, respectivamente, notas de 50 e 40 para a técnica e 35 e 50 para os preços (quanto **maior** o valor apresentado **menor** a pontuação). Se o fator de ponderação for 70% técnica e 30% preço, o resultado será: $A = 0,7 \cdot 50 + 0,3 \cdot 35 = 35 + 10,5 = 45,5$; $B = 0,7 \cdot 40 + 0,3 \cdot 50 = 28 + 15 = 43$. Assim, apesar de o valor proposto por A ser maior, ele será declarado vencedor.

Ou Justen Filho (2012, p. 714):

“O § 4º do art. 45 reflete um estágio inicial da evolução tecnológica, em que a inovação se traduzia na ausência de bens e serviços padronizados. O dispositivo perdeu (se é que algum dia o teve) sua razão de ser.” (grifo nosso)

Ou ainda Niebuhr (2011, p. 505):

“O § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/93 atrai toda a sorte de críticas, uma vez que se entremostra ultrapassado, como espécie de reminiscência de uma época em que a informática era algo extremamente complexo, até porque desconhecido. A maior incompatibilidade do § 4º do art. 45 não é com a Lei nº 10.520/02, mas com o tempo. Esse dispositivo deve ser urgentemente revogado [...]” (grifo nosso)

2.2.4 Maior lance ou oferta

O Art. 45, § 1º, IV, da Lei 8.666/1993 determina que a licitação do tipo maior lance ou oferta deva ser utilizada “nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”. Este inciso foi incluído na Lei 8.666/1993 pela Lei 8.883/1994. Este tipo busca fazer com que a Administração possa aferir a melhor proposta para si, arrecadando o máximo possível nas alienações ou concessões que realizar. É necessário que o instrumento convocatório traga o valor mínimo pelo qual será aceito lance ou oferta, bem como data, hora e local da sessão pública. Este piso será calculado após uma avaliação prévia realizada pela própria Administração.

Como em outros dispositivos da Lei 8.666/1993, Niebuhr (2011, p. 497) mostra-se crítico à redação dada pelo legislador ao Art. 45, § 1º, IV, por dar a entender que os casos cabíveis deste tipo licitatório limitar-se-iam aos descritos na Lei:

O inciso IV do § 1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, de modo infeliz, prescreve que o tipo maior lance ou oferta deve ser utilizado “nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”. Deve-se interpretar essa duas hipóteses preconizadas pelo legislador como meramente exemplificativas, haja vista que há várias outras hipóteses em que é inevitável utilizar-se do tipo maior lance ou oferta, como ocorre com

permissão de uso de bem público, locação de bens da Administração, licitações para o processamento da folha de pagamento dos servidores, etc.
(grifo nosso)

Qualquer que seja o tipo de licitação, em caso de empate deverá ser utilizado, regra geral, o estabelecido no Art. 3º, § 2º, da Lei 8.666/1993, podendo ainda ser determinada margem de preferência de acordo com o disposto em outros parágrafos (§§ 5º a 10 e §§ 14 e 15) deste artigo.

Os tipos de licitação acima se aplicam a todas as modalidades licitatórias, com exceção do concurso, no qual já há definição antecipada do valor a ser pago como prêmio: o participante, ao se inscrever, automaticamente expressa sua concordância com a remuneração ofertada. Pode-se sintetizar assim acerca dos tipos licitatórios: o leilão é do tipo maior lance ou oferta; o pregão é do tipo menor preço; as outras modalidades podem ser por qualquer tipo, sendo a regra geral o menor preço e o concurso não é por nenhum destes.

Há de se observar que o Art. 15 da Lei 8.987/1995, que trata⁶¹ do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e o Art. 12 da Lei 11.079/2004, que versa⁶² sobre parceria público-privada, preveem critérios de

⁶¹ Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V - melhor proposta **em razão da combinação dos critérios** de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- VI - melhor proposta **em razão da combinação dos critérios** de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (grifo nosso)

⁶² Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos **e também ao seguinte**:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital; (grifo nosso)

julgamento distintos daqueles estabelecidos pela Lei 8.666/1993, inclusive com a combinação de diferentes “tipos”, apesar de estas leis não o chamarem expressamente assim.

2.3 Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

Como já mencionado no início do segundo capítulo deste trabalho, não se pode enquadrar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) nem como modalidade ou tipo de licitação, uma vez que ele traz uma sistemática diversa para a realização das licitações. O RDC foi instituído entre os artigos 1º e 47 da Lei 12.462/2011, resultante da conversão da Medida Provisória 527/2011. Ele era, em princípio, aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações e da Copa do Mundo da FIFA, bem como de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes destes eventos. Posteriormente, este regime foi ampliado para ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Sistema Único de Saúde (SUS) e para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Os objetivos deste diploma legal estão listados em seu Art. 1º, § 1º:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

- I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III - incentivar a inovação tecnológica; e
- IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

A Lei 12.462/2011 trouxe inovações ao tema das licitações públicas brasileiras; em outros momentos aproveitou dispositivos de modalidades como o pregão, a parceria público-privada e o regulamento de procedimentos simplificados

da Petrobrás⁶³ para contratação de obras, serviços, compras e alienações, representando uma quebra de paradigma em relação ao disposto na Lei 8.666/1993. Dentre as mudanças, destacamos:

1. Padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente (Art. 4º, II);

2. Parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala (Art. 4º, VI);

3. Proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas (Art. 4º, § 1º, V). Caso ocorra impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados serão determinadas medidas compensatórias (Art. 4º, § 2º);

4. Previsão de acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (Art. 4º, § 1º, VI);

5. O orçamento previamente estimado para a contratação será sigiloso, tornando-se público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (art. 6º, *caput*). Este orçamento, no entanto, fica disponível para os órgãos de controle externo e interno e será divulgado normalmente após o encerramento do processo (art. 6º, § 3º);

6. O custo global de obras e serviços de engenharia no RDC deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), para construção civil em geral, ou do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), para obras e serviços rodoviários (Art. 8º, § 3º), menos para a modalidade de contratação integrada. Neste caso, o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica (Art. 9º, § 2º, II). Também foi previsto que poderão ser utilizados dados contidos em tabela de

⁶³ Decreto nº 2.745, de 1998, objeto do processo n.º 008.210/2004-7 (AC 39/2006), citado no item 1.2 deste trabalho.

referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado, caso for inviável a definição dos custos mediante a utilização do SINAPI ou do SICRO;

7. Contratação integrada, que compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (Art. 9º, § 1º). Regra geral, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados (Art. 9º, § 4º);

8. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida, motivadamente, remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, sendo respeitado o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação (Art. 10);

9. O Art. 12, como estabelecido para o pregão, inverte a ordem das fases de habilitação e julgamento;

10. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial (Art. 13);

11. O Art. 16 prevê a combinação entre os modos de disputa aberto e fechado, definidos⁶⁴ conforme o Art. 17. Também são permitidos lances intermediários e a reabertura da disputa aberta após definição da melhor proposta (Art. 17, § 2º). E, pelo instituído no Art. 26, definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado;

⁶⁴ Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:

I - no modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;

II - no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas.

12. Estabelecimento de contrato de eficiência, que terá por objeto a prestação de serviços, incluindo a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. Desta forma, o julgamento será feito pelo maior retorno econômico, sendo selecionada a proposta que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato (Art. 23);

13. O Art. 27 prevê que o RDC terá fase recursal única, na qual serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor, salvo no caso de inversão de fases;

14. Foi criada no Art. 29, como procedimento auxiliar das licitações regidas pelo RDC, a pré-qualificação permanente, entendida como o procedimento anterior à licitação destinado a identificar fornecedores e bens que atendam às exigências da Administração Pública. O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados, podendo ser parcial ou total, havendo ainda a possibilidade de se realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento (Art. 30);

15. Assim como preconizado no Art. 64, § 2º, da Lei 8.666/1993, o Art. 40 da Lei 12.462/2011 prevê que, caso o primeiro colocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, é facultado à Administração Pública convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor ou revogar a licitação. Contudo, o parágrafo único deste último artigo abre a possibilidade de se convocar no RDC os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas originalmente pelo licitante convidado, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação. Isso só será possível caso antes nenhum dos licitantes tiver aceitado a contratação nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Logo após sua promulgação, foram interpostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal: 1) ADI 4645/2011 – interposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Democratas (DEM) e o Partido

Popular Socialista (PPS); 2) ADI 4.655/2011 – protocolada pelo Ministério Público Federal (MPF).

Na primeira ADI, os partidos políticos questionam um suposto “abuso no poder de emendar” praticado pelo relator da MP 527/2011, uma vez que ela tratava originalmente⁶⁵ da organização do Poder Executivo e não de licitações ou contratos públicos. De acordo com os impetrantes, as emendas às medidas provisórias deveriam manter pertinência lógica entre o conteúdo da emenda e o texto normativo emendado, por que o Parlamento não poderia se desviar dos temas que foram normatizados originalmente pelo Presidente da República. Desta forma, a conversão desta medida provisória em Lei teria violado o devido processo legislativo, caracterizando vício de inconstitucionalidade de natureza formal que afetaria por inteiro a lei que criou o RDC. Além disso, os três partidos argumentam que o novo regime de contratação pública instituído pela Lei 12.462/2011 está em desacordo com o Art. 37, XXI, da CF/88 e com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade, em especial os artigos que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável, que estabelecem presunção de sigilo do custo das obras, que permitem contratação integrada para a realização de obras e serviços de engenharia, que estabelecem remuneração variável para obras e serviços públicos e que dispensam publicação em Diário Oficial.

Na segunda ADI – distribuída por prevenção para o ministro Luiz Fux porque ele recebeu a ADI 4645/2011 – o MPF também questiona a inclusão de matéria estranha à tratada inicialmente na medida provisória, o que violaria o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes, pois as medidas provisórias são de iniciativa exclusiva do Presidente da República. O MPF arguiu que o Art. 37, XXI, da CF/88, ressalvados os casos especificados na legislação, estabelece que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Ademais, a Lei atentaria contra os princípios da impessoalidade, moralidade, probidade, eficiência administrativa e isonomia. O

⁶⁵ Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011: Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

Procurador-Chefe do MPF alerta que a possibilidade de se concentrar num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra ou do serviço afrontaria a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade. Por fim, são lançadas dúvidas quanto ao procedimento da pré-qualificação permanente, no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: em primeiro lugar, porque permite que interessados não pré-qualificados sejam alijados da licitação; em segundo, o MPF informa que o Tribunal de Contas da União teria constatado que o modelo de pré-qualificação implicaria inúmeras irregularidades, como sobrepreços, direcionamento de certames e conluio entre os participantes.

Assim, termina-se o segundo capítulo, no qual foram apresentados as modalidades e os tipos de licitações públicas no Brasil, além de uma breve descrição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. No terceiro capítulo, serão expostos alguns detalhes das principais modificações propostas pelo Projeto de Lei do Senado 559/2013, que busca instituir novas normas gerais para licitações e contratos no País.

3. CAPÍTULO III - PERSPECTIVAS DE MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS: O PLS 559/2013

Neste capítulo, serão expostas algumas das principais modificações propostas pelo Projeto de Lei do Senado 559/2013. Este projeto tem por objetivo substituir de uma só vez as Leis 8.666/1993, a 10.520/2002 e os artigos 1 a 47 da Lei 12.462/2011, que instituiu o RDC, estabelecendo novas normas gerais para licitações e contratos no Brasil. Por fim, no capítulo IV, serão sugeridas mudanças na legislação brasileira referentes a este tema.

3.1 Apresentação do PLS 559/2013

Como dito anteriormente, busca-se com este Projeto de Lei do Senado uma mudança no marco regulatório acerca das licitações e contratos no País. Optou-se por juntar em um novo diploma legal regras oriundas da atual Lei Geral de Licitações (8.666/1993), da Lei do Pregão (10.520/2002) e do RDC (12.462/2011). Este Projeto de Lei também traz entre seus artigos 153 a 174 alterações pontuais em relação a outras 22 (vinte e duas) normas⁶⁶ que tratam do tema.

O PLS foi proposto subdividido em 14 (quatorze) capítulos e 176 artigos. Para efeitos de comparação, a Lei 8.666/1993 tem 6 (seis) capítulos e 126 artigos; a Lei 10.520/2002 tem apenas 13 artigos; e a parte do RDC está concentrada em 1 capítulo e 47 artigos da Lei 12.462/2011. Desta forma, serão destacados e comentados alguns dispositivos em cada um dos capítulos.

3.1.1 PLS 559/2013 – Capítulo I

A Lei inicia explicitando de maneira mais detalhada aqueles que se subordinariam à nova Lei. Também se admite que algumas organizações editem regulamento próprio ou que não se sujeitem a esta Lei:

⁶⁶ Leis ordinárias 5.537/1968, 8.112/1991, 8.212/1991, 8.429/1992, 8.987/1995, 9.427/1996, 9.702/1998, 10.438/2002, 11.079/2004, 11.281/2006, 11.284/2006, 11.483/2007, 11.668/2008, 11.908/2009, 11.909/2009, 11.952/2009, 12.188/2010, 12.232/2010, 12.598/2012, 12.815/2013, 12.846/2013 e a Lei Complementar 123/2006.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos da administração direta e indireta, inclusive as autarquias em regime especial, as agências executivas e reguladoras, os consórcios públicos organizados como associações civis ou públicas e as fundações;

II - os tribunais de contas;

III - os órgãos do Ministério Público e das defensorias;

IV - as empresas públicas e as sociedades de economia mista, **excetuadas aquelas abrangidas pelo art. 173, §1º, III, da Constituição Federal;**

V - **os fundos especiais** e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas entidades indicadas neste artigo.

§ 2º **Fica facultada aos órgãos referidos no § 1º a expedição de normas específicas relativas aos procedimentos operacionais** a serem observados na execução das licitações e contratos, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

§ 3º As entidades regidas pela⁶⁷ Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e pela⁶⁸ Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que recebam recursos públicos orçamentários por disposição de contratos, termo de parceria, convênio ou instrumentos congêneres, **podem editar regulamento próprio**, observadas as seguintes regras:

[...]

§ 4º **Não se sujeita a esta Lei a sociedade de propósito específico** cuja maioria do capital votante não pertença a pessoa jurídica integrante da Administração Pública. **(grifo nosso)**

Assim, percebe-se que houve um maior detalhamento do que o estabelecido no parágrafo único⁶⁹ do Art. 1º da Lei 8.666/1993, incluindo-se expressamente os tribunais de contas e excluindo-se a sociedade de propósito específico cuja maioria do capital votante não pertença a pessoa jurídica integrante da Administração Pública, por exemplo. Também se permite que as Organizações Sociais e as OSCIP's editem regulamento próprio.

Não se subordinariam ao regime da nova lei as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas pelo art. 173, § 1º, III, da CF/88, as quais poderiam editar regulamento próprio (vide itens 1.2 e 3.1.14 deste trabalho).

⁶⁷ Organizações Sociais (OS's).

⁶⁸ Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's).

⁶⁹ Art. 1º, parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Art. 4º amplia o rol de princípios norteadores às licitações públicas:

Art. 4º Na aplicação desta Lei serão observados os princípios e diretrizes da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da **motivação dos atos** e vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da **segurança jurídica**, da **razoabilidade**, da **competitividade**, da **proporcionalidade**, da **celeridade** e da **economicidade**. (grifo nosso)

O princípio da motivação dos atos estabelece que a Administração Pública deverá justificar todas as suas decisões, apresentando os pressupostos em que estas se basearam. Isso permite que as pessoas afetadas por uma decisão tenham a possibilidade de recorrer dela na esfera administrativa e, eventualmente, questionar a sua legalidade no judiciário. Este princípio está positivado, por exemplo, no Art. 2º, II, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo⁷⁰ no âmbito da Administração Pública Federal.

O princípio da segurança jurídica traz a ideia de impedir que a Administração Pública aplique retroativamente nova interpretação de uma norma quando já firmou uma posição em relação a alguém, trazendo-lhe prejuízo. Ele está ligado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Este princípio está inserido⁷¹ no Art. 2º, XIII, da Lei 9.784/1999. Por óbvio, este princípio não se aplica nos casos em que a Administração Pública descobre posteriormente que a antiga interpretação estava em conflito com a lei, mudando de posição não só de maneira legítima como obrigatória, em decorrência do princípio da legalidade.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão ligados à limitação da atuação administrativa. Apesar de estarem separados no Projeto de Lei, muitos autores como Di Pietro e Niebuhr acreditam que o princípio da proporcionalidade está abrangido pela razoabilidade. O princípio da razoabilidade

⁷⁰ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VII - indicação dos **pressupostos de fato e de direito** que determinarem a decisão; (grifo nosso)

⁷¹ Art. 2º, XIII: Interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**. (grifo nosso)

determina que a Administração Pública deva proceder de maneira razoável (com bom senso), sendo proibida a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. O princípio da proporcionalidade seria então uma face da razoabilidade, dispondo da adequação entre os meios utilizados e os fins a que se destinam, balizando a atuação da Administração. Assim, numa Licitação Pública, não podem ser exigidos requisitos que não guardem relação direta com o objeto licitado ou que são desmesuradamente de difícil execução por parte dos licitantes (como um prazo muito exíguo para entrega de documentos) sem nenhuma justificativa plausível.

O princípio da competitividade impõe que a Administração Pública não deva criar normas que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter de competição da licitação. Deve-se buscar ampliar o máximo a disputa, possibilitando o confronto equilibrado entre os participantes e, desta forma, aumentando a chance de a Administração selecionar a proposta mais vantajosa. Exemplo neste sentido⁷² é o Art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993.

O princípio da celeridade encontra-se no Art. 5º, LXXVIII, da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ele foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004. Este princípio versa sobre a busca por uma prestação rápida e efetiva dos processos judiciais e administrativos, para evitar que os mesmos se prolonguem sem solução. Assim, a sua aplicação no âmbito das licitações públicas teria a intenção de garantir que o processo licitatório transcorra rapidamente, evitando-se medidas que possam protelar o seu desfecho. Exemplos da aplicação deste princípio no PLS seria a realização da licitação preferencialmente na forma eletrônica ou a fase recursal única (que serão vistos adiante). Todavia, a sua aplicação deve ser sempre ponderada com os demais princípios, não podendo ser utilizado para fragilizar direitos e garantias fundamentais como o contraditório e a ampla defesa.

⁷² Art. 3º, § 1º. **É vedado aos agentes públicos:**

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...]. **(grifo nosso)**

O princípio da economicidade estabelece que a Administração deva procurar a redução dos gastos públicos, dentro da ideia que o erário pertence a todos, devendo ser usado de maneira mais controlada possível, com parcimônia. Assim, se uma escola precisa de carteiras novas e a Prefeitura tiver pago R\$ 1.000,00 (mil reais) por cada uma, sendo que foi conseguido um desconto de 60% sobre o preço original, mas as suas necessidades seriam atendidas com carteiras mais simples que custam R\$ 500,00 (quinhentos reais) cada, isto ofenderia o princípio da economicidade porque, não obstante o abatimento tenha sido considerável em favor da Prefeitura na primeira hipótese, ter-se-ia gasto mais do que o necessário.

Ainda no Art. 4º, são elencados os objetivos da Licitação, sendo basicamente os mesmos do RDC. Porém, há de se ressaltar que foi inserido o conceito de ciclo de vida do objeto a ser licitado. Desta forma, apesar de não ter sido definido explicitamente o conceito de ciclo de vida adotado no PLS, pode-se entender que seria levada em consideração na contratação de um produto ou serviço a sua durabilidade: por exemplo, um cartucho de tinta de impressora que custe o dobro de outro, mas que dure três vezes mais, será considerado mais vantajoso para a Administração. Assim, a licitação deveria ser analisada também por este prisma.

O Art. 5º traz o glossário com as definições dos termos utilizados no Projeto de Lei do Senado, muitos dos quais são oriundos de outros diplomas legais, dos quais destacamos os seguintes:

V - anteprojeto - documento que contemple o conjunto de informações destinado a possibilitar a compreensão e caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa das necessidades, se possível com a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;
- c) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade; e
- d) se cabível, a concepção arquitetônica;

[...]

XVI - contratação integrada - regime de contratação, com base em anteprojeto da administração, no qual o contratado fica responsável

pela elaboração e o desenvolvimento dos projetos completo e executivo, pela execução de obras e serviços de engenharia, montagem, realização de testes, pré-operação e por todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com remuneração por preço global;

Os conceitos de anteprojeto e de contratação integrada são similares ao do RDC. Atualmente, a Lei 8.666/1993 determina que a Administração tenha pelo menos o projeto básico para realizar a licitação. Pelo PLS, mantém-se a possibilidade de a Administração Pública permitir que o contratado elabore o projeto completo e o executivo e depois execute a obra ou serviço por ele projetados. Considera-se que ao dar esta oportunidade, a Administração Pública possa ser prejudicada pelo contratado por conta da assimetria de informações entre ambos.

A assimetria de informações acontece quando agentes econômicos transacionam e um dos envolvidos detém informações que são desconhecidas da outra parte, possibilitando que aquele que as possua tenha um comportamento oportunista obtendo para si benefícios e prejudicando a outra parte. Exemplos desta relação acontecem entre mecânico e dono de um carro, médico e paciente, taxista e passageiro, etc. Isso normalmente acontece porque os governos não têm acesso a dados como os custos das empresas⁷³ ou sua margem de lucro.

Além de informações sobre a estrutura de custos dos licitantes, pode-se apontar como uma das causas que gera assimetria de informações entre a Administração e os seus contratados é a diferença de qualificação do quadro de pessoal de ambos. Os governos muitas vezes não têm técnicos capacitados ou, quando os tem, eles não estão tão atualizados quanto os funcionários dos contratados, seja por não atuarem mais diretamente na área objeto da contratação, seja por estarem envolvidos com outras funções na administração pública.

⁷³ Há de ressaltar que o TCU definiu, por meio do Acórdão 2.622/2013, as faixas específicas de taxas para os chamados Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) que este Tribunal considera aceitáveis, para cada tipo de obra pública e para aquisição de materiais e equipamentos relevantes. Estes valores de BDI servem como parâmetro para as análises nos orçamentos das obras e dos serviços de engenharia realizados com verbas federais. Este Acórdão traz em seu parágrafo 27 o conceito de BDI: “O BDI, de acordo com a definição consagrada na literatura especializada e com o art. 2º, V, do Decreto 7.983/2013, apresenta-se por meio de percentual a ser aplicado sobre os custos diretos e por finalidade mensurar as parcelas do preço da obra que incidem indiretamente na execução do objeto e que não são possíveis de serem individualizadas ou quantificadas na planilha de custos, tais como: a) custos indiretos; b) remuneração ou lucro; e c) tributos incidentes sobre o faturamento”.

Imagine-se o seguinte exemplo: para atender a uma necessidade da Administração, seria suficiente a adoção da solução técnica A, com custo de 100 e que daria um lucro para a empresa de 10. Contudo, ela propõe a solução B, dizendo que ela é a melhor solução (ou até mesmo a única solução). Acontece que o custo de B é 120 e geraria um lucro para a empresa de 15. Assim, a Administração Pública incorrerá em prejuízo se não tiver um quadro de funcionários capacitado para se contrapor ao contratado.

Desta forma, ao possibilitar que o contratado execute a obra ou serviço a partir de projetos que ele mesmo elaborou, corre-se o risco de se contrariar o interesse público, uma vez que a Administração pode acabar pagando um valor acima do que seria necessário.

XXVII - obra e serviços de engenharia comuns – construção, reforma, recuperação ou ampliação de bem imóvel que possa ser objetivamente definida no instrumento convocatório, com especificações usuais;

Ainda no Art. 5º, foi criada a definição de obra e serviços de engenharia comuns, os quais poderiam ser selecionados na modalidade pregão, tipo menor preço. Esta é uma questão controversa: o Decreto Federal 3.555/2000 veda o uso de pregão para contratações de obras e serviços de engenharia. Contudo, um Decreto não tem força para criar direitos ou obrigações por força do princípio da legalidade, positivado no Art. 5º, II, da CF/88. Ademais, a Lei 10.520/2002 não exclui qualquer espécie de serviço para ser objeto de um pregão.

Neste sentido, o TCU editou em 2010 a súmula 257 que diz: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”. Assim, o entendimento atual deste Tribunal é de que não se pode utilizar de pregão para a contratação de obras de engenharia, mesmo que sejam comuns, por afronta ao disposto na Lei do Pregão. Mas esta posição do TCU encontra contestações. Niebuhr (2012, p. 211) entende que:

[...] admite-se obras e serviços de engenharia de natureza comum, por efeito do que é permitido utilizar o pregão em relação a elas. Ressalta-se, mais uma vez, **que o TCU professa orientação contrária à defendida neste livro. (grifo nosso).**

Todavia, caso se analise esta questão sob a ótica da Lei 5.194/1966, que regulamenta a profissão de engenheiro, e da Lei 6.496/1977, que instituiu a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) na prestação de serviços de engenharia, é possível que se chegue à outra conclusão.

A realização de obras e serviços de engenharia deve ter obrigatoriamente um engenheiro habilitado como responsável técnico, respondendo legalmente por sua conduta. O engenheiro tem entre suas atribuições a fiscalização, direção e execução de obras e serviços técnicos. Além disso, a Lei que instituiu a ART determina em seus artigos 1º e 2º que:

Art. 1º. **Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à "Anotação de Responsabilidade Técnica" (ART).**

Art. 2º. A ART define **para os efeitos legais os responsáveis técnicos pelo empreendimento de engenharia**, arquitetura e agronomia. **(grifo nosso)**

Desta maneira, a Lei 6.496/1977 determina expressamente que toda execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia fica sujeita à ART, a qual define para os efeitos legais os responsáveis técnicos pelo empreendimento de engenharia. Para assinar a ART, o profissional deve ser engenheiro habilitado. Assim, por este prisma, não existiriam serviços de engenharia comuns, nem obras deste tipo.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos arquitetos e urbanistas. A Lei 12.378/2010, que regulamenta⁷⁴ o exercício da Arquitetura e Urbanismo, institui como atribuições destes profissionais a atuação em obras e serviços técnicos:

Art. 2º. As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

[...]

II - coleta de dados, estudo, **planejamento, projeto** e especificação;

[...]

⁷⁴ Até então, a profissão de arquiteto era regulamentada pela Lei 5.194/1966, que atualmente regula somente o exercício profissional dos engenheiros e dos engenheiros-agrônomos.

V - **direção de obras e de serviço técnico**;

VI - vistoria, **perícia**, avaliação, monitoramento, **laudo**, **parecer técnico**, auditoria e arbitragem;

[...]

XII - **execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico. (grifo nosso)**

Esta Lei também define que toda execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes aos arquitetos e urbanistas necessita do Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), de maneira análoga à ART:

Art. 45. **Toda realização de trabalho de competência privativa** ou de atuação compartilhadas com outras profissões regulamentadas **será objeto de Registro de Responsabilidade Técnica - RRT.**

[...]

Art. 46. **O RRT define os responsáveis técnicos** pelo empreendimento de arquitetura e urbanismo, a partir da definição da autoria e da coautoria dos serviços. **(grifo nosso)**

Desta forma, permite-se inferir que é imprescindível a responsabilidade técnica de profissional habilitado quando da realização de obras e serviços técnicos (de engenharia ou não) nos quais estes profissionais estejam atuando, por determinação legal. Portanto, acredita-se que estes devem ser sempre caracterizados como serviços técnicos profissionais⁷⁵ especializados.

XXVIII - obras e serviços de engenharia de grande vulto: aqueles cujo valor estimado seja superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais);

⁷⁵ As definições do que se consideram serviços técnicos profissionais especializados, tanto na Lei 8.666/1993 (Art. 13, IV), quanto no Projeto de Lei do Senado (Art. 5º, XL, d), são idênticas:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se **serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a:

[...]

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

Art. 5º Para os fins desta Lei consideram-se:

[...]

XL - **serviços técnicos profissionais especializados** - aqueles realizados em trabalhos relativos a:

[...]

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; **(grifo nosso)**

O PLS define em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) o valor a partir do qual obras e serviços de engenharia sejam considerados de grande vulto. Atualmente, o Art. 6º, V, da Lei 8.666/1993 estabelece⁷⁶ este valor em 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido para determinação da modalidade concorrência, que é de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Isto corresponde hoje em dia a R\$ 37.500.000,00 (trinta e sete milhões e quinhentos mil reais). Essa modificação terá impacto nas garantias a serem prestadas pelos licitantes e na definição da obrigatoriedade do uso de conta vinculada (vide itens 3.1.9 e 3.1.10 deste trabalho, respectivamente).

XXXIV - projeto completo - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para:

- a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;
- b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e
- c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução.

XXXV - projeto executivo - conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra ou serviço de engenharia de acordo com as normas técnicas pertinentes;

No Projeto de Lei do Senado, o termo projeto completo substituiu o conceito de projeto básico do Art. 6º, IX, da Lei 8.666/1993; porém, as suas

⁷⁶ Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

V - Obras, serviços e compras de grande vulto - aquelas cujo valor estimado **seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei;**

[...]

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

[...]

c) concorrência: **acima de R\$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais); **(grifo nosso)**

definições⁷⁷ são análogas. A diferença entre um projeto completo e um executivo é o seu nível de detalhamento e precisão.

De acordo com o Manual de Obras Públicas⁷⁸ do TCU, com um projeto executivo consegue-se elaborar um “orçamento analítico”, que permite um nível de precisão alto e uma margem de erro de aproximadamente 5%, contra 10 a 15% no chamado “orçamento sintético”, feito a partir de um projeto básico, ou ainda 30% se for utilizado um anteprojeto, como se pode ver na Tabela abaixo:

Tipo	Precisão	Margem de Erro	Projeto	Elementos Necessários
Avaliação	Baixa	30%	Anteprojeto	<ul style="list-style-type: none"> • Área construída • Padrão de acabamento • Custo unitário básico
Orçamento sintético	Média	10 a 15%	Projeto básico	<ul style="list-style-type: none"> • Plantas principais • Especificações básicas • Preços de referência
Orçamento analítico	Alta	5%	Projeto executivo	<ul style="list-style-type: none"> • Plantas detalhadas • Especificações completas • Preços negociados

Tabela 1 – Nível de precisão de projetos. Fonte: Manual de Obras Públicas do TCU, p. 16.

Ainda no capítulo I do PLS, foi estabelecido em seu Art. 9º que devam “ser asseguradas aos agentes que exercem funções previstas nesta Lei as necessárias capacitação e qualificação”. Esta é uma determinação fundamental porque possibilitará a melhoria dos processos licitatórios, desde a elaboração do instrumento convocatório até a fiscalização do contrato.

Os artigos 11 e 12 trazem dispositivos⁷⁹ de seguimento obrigatório pelos órgãos de controle quando da realização da fiscalização. Sem entrar no mérito de

⁷⁷ Art. 6º, IX. Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]

⁷⁸ Livro Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas / Tribunal de Contas da União. – 3. ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2545893.PDF>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁷⁹ Art. 11. Os órgãos de controle levarão em consideração, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução.

§ 1º. As razões de que trata este artigo poderão ser encaminhadas aos órgãos de controle antes de concluída a etapa de instrução do processo, sem prejuízo de juntadas posteriores de documentos, e deverão acompanhar os autos até seu trânsito em julgado.

sua pertinência ou não, há de se ressaltar que talvez se possa futuramente questionar a sua constitucionalidade por vício de iniciativa, caso se considere que esta é um tema relativo à organização e funcionamento interno dos tribunais de contas e, portanto, de sua competência privativa, conforme estabelecido⁸⁰ pelos artigos 73, 75 e 96 da CF/88.

3.1.2 PLS 559/2013 – Capítulo II

No Art. 18, foi incluída observação acerca da dispensa de formalidades que não são fundamentais para o certame. No Art. 19, a definição das fases a serem seguidas é praticamente idêntica à estabelecida⁸¹ para o RDC, com a apresentação das propostas e lances sendo anterior à habilitação:

Art. 18. Quanto aos documentos produzidos pela Administração ou por particulares em obediência a esta Lei, observar-se-á o seguinte:

§ 2º. A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle, nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e deliberação.

Art. 12. Na fiscalização de controle serão observados o seguinte:

I - **oportunidade de manifestação aos gestores** sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que se possa avaliar previamente a relação entre custo e benefício dessas proposições;

II - **adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados**, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, evitando que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e tratamento dos fatos levantados; [...] **(grifo nosso)**

⁸⁰ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, **exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.**

[...]

Art. 75. **As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização** dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

[...]

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos **e elaborar seus regimentos internos**, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; **(grifo nosso)**

⁸¹ A única diferença é que na Lei do RDC a sétima fase é a de encerramento, enquanto no PLS 559/2013 é a de homologação.

[...]

II - sempre que possível, **serão dispensadas formalidades desprovidas de finalidade substancial**, exceto as relativas à responsabilidade funcional e legal pertinentes à identificação do autor, e o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do procedimento;

[...]

Art. 19. Os procedimentos de licitação observarão as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas e lances;

IV - julgamento;

V - habilitação;

VI - recursal; e

VII - homologação. (grifo nosso)

Acredita-se que estas são medidas importantes para uma maior celeridade das licitações públicas. A sessão pública se torna mais rápida porque só são examinados, pelo menos inicialmente, somente os documentos⁸² do vencedor. Além disso, a inversão de fases e a dispensa de formalidades desprovidas de finalidade substancial também obstam a ação de um eventual cartel. Com a habilitação ocorrendo antes do julgamento das propostas, como é hoje, os membros do cartel procuram atacar os licitantes que dele não tomam parte para inabilitá-los. Assim, eventualmente, um licitante com um preço mais baixo, mas que não cumpriu um requisito formal (como a falta de uma autenticação em um documento) é inabilitado e, como o envelope com a proposta deste licitante é devolvido fechado, não se fica sabendo de seu conteúdo. Com o julgamento da proposta antes da habilitação e a possibilidade de se relevar erros ou omissões formais não essenciais dificulta-se a chance de inabilitação de um concorrente. Ademais, mesmo que os integrantes do cartel consigam inabilitar um licitante com menor preço após abertas as propostas, esta estratégia fica mais visível, alertando-se a Administração, os órgãos de controle e a sociedade em geral.

⁸² Como membro de Comissão de Licitação, tive a oportunidade de participar de certame com 10 (dez) licitantes. Foram gastas algumas horas somente com a análise de documentos de habilitação, sem contar todas as rubricas que todos os participantes tiveram que fazer em cada uma das centenas de páginas que estavam nos envelopes.

Ainda no Art. 19 do PLS, o § 2º determina que “As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica”. Esta medida ajuda a reduzir custos da Administração Pública e dos licitantes, que muitas vezes tem que se deslocar para outra cidade.

O Art. 23 permite que a Administração Pública decida pelo sigilo do orçamento por ela estimado. Este sigilo não pode ser oposto aos órgãos de controle e o valor calculado será tornado público logo após o encerramento do certame, como pode ser visto abaixo:

Art. 23. Nos casos em que houver previsão de não divulgação de preços estimados:

I - o sigilo não prevalece para os órgãos de controle;

II - o orçamento será tornado público apenas e imediatamente **após o encerramento da licitação**, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas;

Parágrafo único. Nas hipóteses de licitação em que forem adotados os critérios de julgamento por **maior desconto, por melhor técnica ou maior retorno econômico**, a informação de que trata o caput deste artigo constará necessariamente do instrumento convocatório. (grifo nosso)

Este dispositivo tem origem no Art. 6º da Lei do RDC. A possibilidade de a Administração Pública poder manter sigilo quanto ao valor orçado é uma medida questionável face ao princípio da publicidade que, como já informado, decreta a divulgação de todos os atos da Administração, exceto daqueles relativos à vida privada das pessoas ou à segurança do Estado.

No Art. 24 do PLS, há a previsão de a Administração adotar minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes, de maneira análoga ao previsto no Art. 4º da Lei do RDC.

O Art. 25 traz, da mesma maneira que no Art. 17 da Lei 12.462/2011, a possibilidade de se combinar na fase de apresentação de propostas e lances os modos de disputa aberto e fechado:

Art. 25. Regulamento disporá sobre a fase de apresentação de propostas e lances, que poderá ser, isolada ou conjuntamente:

I - aberta, em que as licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;

II - fechada, em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação;

[...]

§ 2º Poderão ser admitidos durante a disputa aberta, nas condições estabelecidas em regulamento, a apresentação de lances intermediários e o reinício da disputa após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente.

Esta medida tem como objetivo a queda do valor a ser pago pela Administração Pública, ao aumentar a disputa entre os licitantes, uma vez que se admite a apresentação de lances intermediários e a reabertura da disputa após a definição da melhor proposta.

No Art. 27, houve uma elevação dos percentuais utilizados para a definição da exequibilidade ou não da proposta do licitante e da exigência de garantia, mantendo-se a mesma metodologia de cálculo⁸³ do Art. 48 da Lei 8.666/1993:

Art. 27. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

⁸³ Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com **preços manifestamente inexecutáveis**, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º. Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a **70% (setenta por cento)** do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a **50% (cinquenta por cento)** do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§ 2º. Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a **80% (oitenta por cento)** do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta. **(grifo nosso)**

III - apresentem preços **manifestamente inexecutáveis** ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação;

[...]

§ 4º Consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de licitações para serviços, inclusive de tecnologia de informação e comunicação, obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a **80% (oitenta por cento)** do menor dos seguintes valores:

I - média aritmética dos valores das propostas superiores a **70% (setenta por cento)** do valor orçado pela Administração, ou

II - valor orçado pela Administração.

§ 5º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a **90% (noventa por cento)** do menor valor a que se referem os incisos do § 4º, será exigida, para assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, sem prejuízo das demais garantias exigíveis, de acordo com esta Lei, igual à diferença entre o valor da proposta e o valor do orçamento da Administração.

§ 6º A garantia adicional referida no § 5º deverá ser apresentada pelo licitante no prazo de **10 (dez) dias úteis do ato de classificação**, sob pena de desclassificação de sua proposta. **(grifo nosso)**

A elevação destes percentuais teria a intenção de impedir, como acontece frequentemente nas licitações públicas pelo País, que um licitante vença a licitação com um preço baixo que, posteriormente, se demonstra inviável na prática, ensejando ou a interrupção do contrato ou a sua prestação de forma deficiente. Apesar da compreensão com a preocupação do legislador com o nível dos serviços prestados, é possível que esta mudança seja contrária ao interesse público porque iria de encontro ao princípio da economicidade e à concepção deste PLS, que busca a toda hora incrementar a disputa e, assim, reduzir os preços pagos pela Administração Pública.

O problema das propostas que se mostram na prática inexecutáveis e acabam por prejudicar a atuação da Administração Pública deve ser combatido com uma fiscalização mais rigorosa dos contratos firmados e punições efetivas para inibir aqueles que não cumprem com as obrigações assumidas, ou ainda dar vantagem na licitação àqueles que apresentaram um bom desempenho. No Art. 28, por exemplo, há a previsão de utilização avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes como critério de desempate:

Art. 28. Em caso de empate, serão utilizados os seguintes **critérios de desempate**, nesta ordem:

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - **a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes**, para o que deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeitos de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei; **(grifo nosso)**

No Art. 30, há a permissão para a adoção do procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos:

Art. 30. A Administração Pública poderá adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades públicas previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

Parágrafo único. Na hipótese a que se refere o caput, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela Administração, caso não vença o certame, e desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 84 desta Lei.

Ressalte-se que a manifestação de interesse privado foi recentemente regulamentada pelo governo federal por meio do Decreto 8.428/2015, estabelecendo-se o procedimento a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

O Art. 34 abre a possibilidade de a Administração Pública convocar uma audiência pública sobre a proposta de especificações para bens ou serviços que pretenda licitar:

Art. 34. A Administração poderá convocar consulta ou audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre proposta de especificações para bens ou serviços que pretenda licitar.

A única previsão de audiência pública na Lei 8.666/1993 está no Art. 39, que obriga a sua realização⁸⁴ no início de uma licitação ou conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas cujo valor total supere à R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais).

O Art. 36 do PLS traz as modalidades de licitação permitidas:

Art. 36. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão.

§ 1º Além das modalidades referidas neste artigo, a Administração Pública pode servir-se dos procedimentos auxiliares da pré-qualificação, do credenciamento e do sistema de registro de preços.

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação das referidas neste artigo.

Como se pode perceber, pelo PLS seriam extintas a tomada de preços e o convite. Isto faz com que a indicação da modalidade licitatória passaria a ser feita exclusivamente de acordo com o objeto a ser licitado e não mais a partir de seus valores.

São ainda definidos como procedimentos auxiliares das modalidades de licitação a pré-qualificação, o credenciamento e o sistema de registro de preços, os quais são detalhados no Capítulo IV do PLS (artigos 58 a 65). É mantida a proibição da criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação delas, nos moldes da Lei 8.666/1993.

⁸⁴ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, **o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública** concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. **(grifo nosso)**

O Art. 37 estabelece que os procedimentos relativos ao pregão e à concorrência são comuns. Isso significa, por exemplo, que se abre a possibilidade do uso de lances para se estabelecer o vencedor na concorrência, o que tende a aumentar a competitividade desta modalidade. A exceção a esta regra concernente aos procedimentos relativos ao pregão e à concorrência é referente ao critério de julgamento, já que o pregão é sempre por menor preço ou maior desconto e a concorrência é por melhor técnica, técnica e preço ou maior retorno econômico, este último definido como aquele que oferece maior economia nas despesas correntes da Administração.

O Art. 41 do PLS elenca os tipos de licitação que seriam adotados:

Art. 41. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

I - menor preço: quando é declarado vencedor da licitação o proponente que, oferecer o preço mais baixo;

II - maior desconto: quando é declarado vencedor da licitação o proponente que apresentar o maior desconto sobre o valor estimado da contratação, conforme estabelecido em edital;

III - técnica e preço: quando é declarado vencedor da licitação o autor da proposta de preço que, pelo fator ponderado com a nota técnica, resulte na oferta mais vantajosa para a Administração;

IV - maior lance: quando é declarado vencedor o proponente que oferecer a contraprestação pecuniária de maior valor, no caso de leilão;

V - maior retorno econômico: quando é declarado vencedor o proponente que oferecer maior economia nas despesas correntes da administração, conforme estabelecido em edital;

VI - melhor técnica: quando é declarado vencedor da licitação o proponente que oferecer a melhor proposta técnica. **(grifo nosso)**

Conforme destacado acima, são acrescentados dois tipos licitatórios em relação aos atualmente existentes na Lei 8.666/1993: 1) maior desconto; e 2) maior retorno econômico. Em relação ao primeiro tipo, vale recordar o defendido por Niebuhr no item 2.2.1 deste trabalho de que o maior desconto seria apenas uma maneira diversa de se apurar o menor preço. Nesse sentido, observa-se que o Art. 18 da Lei do RDC trata o menor preço e o maior desconto⁸⁵ como sinônimos.

⁸⁵ Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I - menor preço **ou maior desconto; (grifo nosso)**

Quanto ao segundo tipo, há a mudança em relação à definição⁸⁶ do Art. 23 da Lei do RDC, instituindo como critério de julgamento a maior economia nas despesas correntes da Administração.

No Art. 43, o PLS institui que o peso mínimo da proposta técnica quando a licitação for do tipo técnica e preço é de 70%. Isso difere tanto do Art. 46 da Lei 8.666/1993, que apenas diz que os pesos são preestabelecidos no instrumento convocatório, quanto do Art. 20 da Lei 12.462/2011, que limita a 70% o percentual de ponderação mais relevante, podendo ser tanto o preço quanto a técnica.

No Art. 47, modificam-se os requisitos de habilitação em relação ao disposto⁸⁷ no Art. 27 da Lei 8.666/1993, a saber:

Art. 47. A habilitação é a fase da licitação em que é verificado o conjunto de informações e documentos necessário e suficiente para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação e divide-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica-**profissional**;
- III - técnica-**operacional**;
- IV - fiscal, **social** e trabalhista; e
- V - econômico-financeira. (**grifo nosso**)

O cumprimento do disposto no Art. 7º, XXXIII, da CF/88 (“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”), que constava no Art. 27 da Lei 8.666/1993, foi incorporada ao item regularidade fiscal e trabalhista, tornando-se habilitação fiscal, **social** e trabalhista.

⁸⁶ Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a **maior economia para a administração pública** decorrente da execução do contrato. (**grifo nosso**)

⁸⁷ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Outra mudança seria que a atual qualificação técnica passaria a ser dividida em habilitação técnica-profissional, que visa demonstrar aptidão dos profissionais vinculados ao licitante para realizar o objeto da licitação, e habilitação técnica-operacional, que visa a demonstrar aptidão do licitante para realizar o objeto da licitação.

A definição da habilitação técnica-profissional, estabelecida no Art. 49 do PLS, não traz nenhuma novidade em relação ao que já se pratica habitualmente nas licitações públicas brasileiras. Já relativamente à habilitação técnica-operacional, definida no Art. 50, tem-se, por exemplo: 1) declaração de disponibilidade dos equipamentos, materiais e instalações; 2) comprovação do atendimento pelo licitante de requisitos de sustentabilidade ambiental; e 3) estabelecimento de percentagens máximas para a exigência de atestado de realização anterior, calculados tendo por base o quantitativo a ser licitado. Neste artigo ainda se deve ressaltar a obrigatoriedade de a Administração proceder a uma avaliação prévia do desempenho contratual dos licitantes:

Art. 50. A habilitação operacional, que visa a demonstrar aptidão do licitante para realizar o objeto da licitação, é definida no edital e se faz por meio da apresentação de:

[...]

II - **declaração de disponibilidade dos equipamentos, materiais e instalações**, com especificação detalhada, os quais devem estar disponíveis durante a execução do contrato;

[...]

IV - **atendimento pelo licitante de requisitos de sustentabilidade ambiental**, pertinente ao ramo de atividade, objeto da licitação, na forma da legislação específica aplicável;

§ 1º A exigência de atestado de realização anterior será limitada, no máximo, ao equivalente a **50% do quantitativo licitado**, salvo mediante justificativa devidamente fundamentada nos autos do processo licitatório.

§ 2º Na definição de características equivalentes de que trata o Inciso I, a Administração deverá considerar as **parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo**, vedada a exigência, para estas parcelas, de comprovação de quantidades superiores a **70% daquelas previstas no objeto licitado**.

[...]

§ 4º A administração deverá realizar **avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes**, a partir do atesto de cumprimento de obrigações em que constem eventuais penalidades aplicadas. **(grifo nosso)**

O estabelecimento de quantidades mínimas para apresentação de atestados técnicos está em consonância com a Súmula 263/2011 do TCU, que permite⁸⁸ a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços, desde que se guarde proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. Inclusive, a fixação em 50% do quantitativo licitado no § 1º vai ao encontro de jurisprudência recente⁸⁹ daquele Tribunal.

3.1.3 PLS 559/2013 – Capítulo III

O capítulo III do PLS (artigos 54 a 57) trata do processo de contratação direta, ou seja, por meio de inexigibilidade e dispensa de licitação. Há de se destacar inicialmente que o parágrafo único do Art. 55 prevê a avaliação periódica dos agentes que motivem ou autorizem a contratação direta indevidamente, seja por ação ou omissão, promovendo-se a sua responsabilização, quando verificada irregularidade:

Art. 55. Nas hipóteses de contratação direta, respondem solidariamente pelo dano causado ao erário o contratado e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Parágrafo único. A autoridade máxima da Administração contratante e os Tribunais de Contas **devem avaliar, periodicamente, o desempenho dos agentes** que, por ação ou omissão, motivem ou autorizem a contratação direta indevida, **promovendo a responsabilização, quando verificada irregularidade. (grifo nosso)**

⁸⁸ Súmula 263/2011: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

⁸⁹ Assunto: OBRA PÚBLICA. DOU de 30.03.2015, S. 1, p. 291. Ementa: o TCU deu ciência à Prefeitura do Município de São Paulo das seguintes **falhas constatadas no edital da pré-qualificação e da concorrência 13/2010-SEHAB**, com vistas a que, em procedimentos licitatórios para **contratações custeadas com recursos públicos federais, especialmente naqueles que envolvam obras, sejam evitadas as seguintes ocorrências:** [...] h) requisitos inadequados de habilitação nos instrumentos convocatórios restringindo o caráter competitivo dos certames licitatórios, a exemplo de: preços fixos na planilha orçamentária, impedindo que as licitantes ofertassem descontos para itens que representavam 19% do valor total da planilha; **exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes para fins de demonstração da capacidade técnico-operacional em percentuais superiores aos usuais (50%), sem justificativa para tanto; (grifo nosso)**

Este é um importante dispositivo a fim de coibir uma possível utilização da contratação direta para burlar a licitação, em desrespeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia.

No Art. 56, que trata da inexigibilidade, foram incluídas novas hipóteses de sua ocorrência como: 1) serviço público em regime de monopólio; 2) objetos para os quais devam ou possam ser contratados todos os potenciais interessados ou aquisição; ou 3) locação de imóvel cujas características de instalações e localização tornem necessária sua escolha. Neste artigo ainda há vedação à contratação direta para a execução de serviços técnicos profissionais especializados relacionados, direta ou indiretamente, a obras e serviços de engenharia ou arquitetura, ressalvados os casos singulares devidamente motivados e aprovados por consulta prévia ao Tribunal de Contas competente. Há de se observar que o STF, no âmbito do julgamento⁹⁰ da ADI 916/MT, determinou que é inconstitucional o controle prévio dos contratos celebrados pela Administração Pública pelos Tribunais de Contas.

No Art. 57, que trata da dispensa, foram multiplicados por 10 (dez) os valores para os quais se poderiam contratar diretamente obras e serviços de engenharia – R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) – e outros serviços e compras – R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Há ainda a possibilidade de dobrar estes limites para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

⁹⁰ O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso para declarar a inconstitucionalidade da Lei 6.209/93, do referido Estado-membro, **que determina que todos os contratos celebrados entre o Governo do Estado e empresas particulares dependerão de registro prévio junto ao Tribunal de Contas estadual. Entendeu-se que a lei em questão ofende o art. 71 da CF, aplicável aos tribunais de contas estaduais, ante a regra da simetria (CF, art. 75), que não prevê como atribuição do Tribunal de Contas da União o controle prévio e amplo dos contratos celebrados pela Administração Pública.** Asseverou-se que, nos termos do art. 71, I, da CF, os tribunais de contas devem emitir parecer prévio relativo às contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, prestação essa que tem amparo na responsabilidade geral pela execução orçamentária e não se restringe à obrigação do Presidente da República, do Governador de Estado ou do Prefeito municipal como chefes de Poderes. ADI 916/MT, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.2.2009. **(grifo nosso)** Fonte: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo534.htm#ADI%20e%20Compet%C3%Aancia%20de%20Tribunal%20de%20Contas>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

3.1.4 PLS 559/2013 – Capítulo IV

Como assinalado anteriormente, o capítulo IV do PLS trata dos procedimentos auxiliares entre os artigos 58 e 66: o credenciamento, a pré-qualificação e o sistema de registro de preços.

O credenciamento é o processo administrativo de chamamento público destinado à contratação de serviços junto a todos os que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração, sendo indicado quando o mesmo objeto puder ser realizado simultaneamente por todos os que desejarem contratar com a Administração e preencherem os requisitos de habilitação, e a contratação simultânea do maior número possível de interessados atender melhor o interesse público. É muito utilizado na área médica, por exemplo, credenciando-se médicos para prestar serviços para uma Prefeitura.

A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo destinado a selecionar previamente licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação. Busca-se estimular aqueles que desejem contratar com a Administração Pública a se cadastrar ou manter atualizados seus cadastros.

Quanto ao sistema de registro de preços, acentua-se a obrigatoriedade dos órgãos gerenciadores efetivarem procedimento público indicando a intenção de realizar registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de contratação. Também se inibe a adesão à ata de registro de preços que acaba não se aproveitando do maior volume de compras a ser realizado.

3.1.5 PLS 559/2013 – Capítulo V

O capítulo V refere-se às disposições setoriais, divididas em: 1) compras; 2) obras e serviços de engenharia; 3) serviços em geral e locação de imóveis; 4) serviços técnicos especializados; e 5) bens e serviços de tecnologia de informação e comunicação.

Quanto às compras, permite-se tanto a indicação de marca (Art. 68) quanto a sua exclusão (Art. 69). Admite-se que a Administração ofereça protótipo do

objeto pretendido e exija amostras no julgamento (Art. 70) ou que compre sob encomenda, antecipando o pagamento.

No tocante às obras e serviços de engenharia, determina-se que após o cumprimento das condicionantes e compensações ambientais, não se poderá suspender a execução do contrato (Art. 74). São admitidos no Art. 75 os seguintes regimes: 1) empreitada por preço unitário; 2) empreitada por preço global; 3) contratação por tarefa; 4) empreitada integral; e 5) contratação integrada. Estes regimes são similares aos estabelecidos na Lei 12.462/2011. O Art. 77 expressamente permite o uso da modalidade de pregão para a licitação de obras e serviços de engenharia comuns.

Para os serviços em geral, há uma importante modificação quanto à qualificação econômico-financeira no Art. 80, § 2º: passar-se-ia a exigir que o licitante comprovasse patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação:

Art. 80. Observadas as disposições da contratação dos serviços em geral e as vedações a terceirização, os serviços contínuos devem:

[...]

§ 2º Para a qualificação econômico-financeira, na licitação para serviços continuados **será admitida a exigência de patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas**, vigentes na data de abertura da licitação. (grifo nosso)

Atualmente, pela Lei 8.666/1993, em seu Art. 31, §§ 2º e 3º, esta exigência não pode exceder a 10% do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta. Assim, aumentar-se-ia consideravelmente o valor exigido, o que tenderia a restringir o universo de empresas participantes dos certames.

Quanto à locação de imóveis, esta deve ser precedida de licitação, tendo como requisitos a avaliação prévia do bem e dos custos envolvidos e a certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto. Esta medida é salutar porque pode evitar que órgãos e entidades públicas acabem alugando desnecessariamente imóveis, economizando-se recursos públicos.

Relativamente aos serviços técnicos profissionais especializados, ressalva-se que eles deverão ser escolhidos mediante a realização de concurso ou licitados pelo critério de julgamento de “técnica e preço”. Desta forma, não poderiam mais ser selecionados por “melhor técnica”.

Para os bens e serviços de tecnologia de informação e comunicação, da mesma maneira que para os serviços em geral, já comentado acima, há a previsão do aumento da exigência da comprovação do patrimônio líquido do licitante.

3.1.6 PLS 559/2013 – Capítulo VI

O capítulo VI do PLS trata dos convênios e é composto apenas pelo Art 88. O *caput* deste artigo determina que o novo diploma legal seria aplicável aos convênios, acordos, ajustes e quaisquer instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração:

Art. 88. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

[...]

Os dispositivos deste artigo estão em consonância com as normas que são aplicadas pelo governo federal no âmbito do Sistema de Gestão de Convênios⁹¹ e Contratos de Repasse (SICONV).

3.1.7 PLS 559/2013 – Capítulo VII

O capítulo VII do PLS refere-se à alienação direta de bens da Administração Pública. Ele é praticamente cópia dos artigos 17 a 19 da Lei 8.666/1993. A única alteração, inserida no Art. 90, II, do PLS, é a concessão do

⁹¹ SICONV: Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse aberto à consulta pública, disponível na rede mundial de computadores, e que tem por objetivo permitir a realização dos atos e procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria celebrados pela União. Fonte: <<https://portal.convenios.gov.br/ajuda/glossario>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

direito de preferência ao licitante que ocupe o imóvel objeto da licitação, desde que o mesmo participe do certame e se submeta a todas as demais regras editalícias. Também se deve comprovar a efetiva ocupação do imóvel:

Art. 90. Para a venda de bens imóveis, será ainda observado o seguinte:

[...]

II - será concedido o direito de preferência ao licitante que ocupe o imóvel objeto da licitação, desde que participe do certame, submetendo-se a todas as demais regras editalícias, e que comprove a efetiva ocupação do imóvel.

Este dispositivo interessa mais àquele que ocupa o imóvel. Para a Administração Pública aparentemente não haverá impacto, uma vez que o ocupante do imóvel deverá se submeter às demais regras contidas no edital.

3.1.8 PLS 559/2013 – Capítulo VIII

O capítulo VIII aborda a anulação, a revogação e a suspensão da licitação. O *caput* do Art. 93 obriga que seja feita uma análise de impacto sempre que for expedida ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato, na qual tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, a fim de indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público. O § 3º deste artigo determina que os editais que forem disponibilizados por pelo menos noventa dias antes da abertura da sessão pública aos órgãos de controle, não poderão ter as respectivas licitações suspensas por inconformidades do edital:

Art. 93. **A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato** é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida **deverá ser acompanhada de análise de impacto** em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.

[...]

§ 3º **Os editais que forem disponibilizados, previamente** à abertura da sessão, por período superior a **noventa dias**, após notificação expressa ao órgão de controle, **não poderão ter as respectivas licitações suspensas por inconformidades do edital.** (grifo nosso)

Ressalta-se que o Art. 93, § 3º, retoma o registro prévio de editais e contratos da Administração junto ao TCU, conforme era estabelecido⁹² pelo Art. 77 da constituição federal de 1946. Tal prática não foi mantida pelas constituições posteriores estando, dessa forma, em desuso desde a promulgação da constituição de 1967.

3.1.9 PLS 559/2013 – Capítulo IX

O capítulo IX – relativo aos contratos – quase reproduz o capítulo III da Lei 8.666/1993. Dentre as modificações propostas tem-se, no Art. 96, a elevação da garantia nas contratações de obras, serviços e compras:

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

[...]

§ 2º **Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto** envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, **a garantia a que se refere o caput deste artigo será de 30%.**

§ 3º **Nas contratações em que não estiver caracterizado o previsto pelo § 2º, a garantia poderá variar entre 10% e 30%.**

[...]

§ 7º Nos casos em que o seguro-garantia for adotado, **poderá ser exigida cláusula que vincule a seguradora** à assunção das obrigações contratadas. **(grifo nosso)**

Atualmente, a regra geral é 5% do valor do contrato, com 10% para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto. Passar-se-ia para uma faixa entre 10 e 30% como regra geral e de obrigatoriamente 30% para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto. E, caso a modalidade adotada for o seguro-garantia, abre-se a possibilidade de vincular a seguradora à assunção das obrigações

⁹² Art 77. Compete ao Tribunal de Contas:

§ 1º. **Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas.** A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.

§ 2º. **Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste. (grifo nosso)**

contratadas. Esta proposta pode elevar os custos para a Administração, caso haja um aumento das despesas para as empresas e estas consigam repassar este valor ao governo.

No Art. 101, há uma medida que busca o aumento da transparência do uso dos recursos públicos: a identificação dos custos (cachê, hospedagem, etc.) do setor artístico por inexigibilidade, e dos quantitativos e preços unitários e totais das obras, tanto os originalmente contratados quanto os efetivamente executados.

Conforme o Art. 111, seria permitida a retenção pela Administração Pública dos valores relativos aos tributos e às contribuições de seguridade social e trabalhistas.

O Art. 121 determina que a competência pela fiscalização dos contratos seria do Tribunal de Contas do ente contratante, vedada a intervenção de um órgão de controle de outro ente da federação, exceto quando envolver recursos de transferências voluntárias:

Art. 121. A fiscalização da execução dos contratos administrativos caberá ao Tribunal de Contas da respectiva esfera federativa do órgão ou entidade pública contratante, **sendo vedada a ingerência de órgão de controle de outra esfera da federação, salvo** quando o contrato envolver recursos objeto de **transferências orçamentárias voluntárias. (grifo nosso)**

Eventualmente, o dispositivo acima referido pode ter sua constitucionalidade questionada pela possível colisão com o Art. 71, VI, da CF/88, o qual determina que compete ao TCU “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

Ademais, ao colocar como exceção a essa vedação somente as transferências orçamentárias voluntárias, poderiam ficar de fora da fiscalização do TCU, à primeira vista, os contratos realizados pelos estados e municípios que utilizam recursos federais no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Isso porque a Lei 11.578/2007 estabelece⁹³ que a transferência de recursos

⁹³ Art. 1º. **A transferência obrigatória de recursos financeiros pelos órgãos e entidades da União** aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações

financeiros da União aos demais entes da federação para a execução das ações deste programa tem caráter obrigatório.

3.1.10 PLS 559/2013 – Capítulo X

O capítulo X inicia no Art. 122 estabelecendo que a Administração deve efetuar seus pagamentos em estrita ordem cronológica. São previstas sanções administrativas e criminais ao ordenador de despesa que der causa à violação da cronologia dos pagamentos, retenção abusiva e ineficácia das garantias. Há a previsão do uso de conta vinculada⁹⁴ neste mesmo artigo.

Esta conta é de uso obrigatório quando o objeto do contrato for a compra por encomenda ou obra de grande vulto, conforme instituído pelo *caput* do Art. 123:

Art. 122. **No dever de pagamento pela Administração serão observadas a estrita ordem cronológica** para cada fonte diferenciada de recursos e previstas sanções administrativas e criminais impostas ao ordenador de despesa que der causa à violação da cronologia dos pagamentos, retenção abusiva e ineficácia das garantias.

Parágrafo único. **Poderá ser previsto pagamento em conta vinculada**, desde que expresso em edital.

Art. 123. **Quando o objeto do contrato for a compra por encomenda ou obra de grande vulto o contrato deverá prever o pagamento ao contratado mediante o depósito em conta vinculada**, com rendimentos em favor da Administração. **(grifo nosso)**

Considera-se que os pagamentos em ordem cronológica estariam em consonância com o princípio da impessoalidade porque criaria uma regra objetiva para os desembolsos da Administração Pública. A utilização de conta vinculada teria a intenção de sinalizar ao contratado que a Administração possuirá disponibilidade financeira para quitar as obrigações assumidas, evitando-se atrasos nos

do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC cuja execução pelos entes federados seja de interesse da União **observará as disposições desta Lei. (grifo nosso)**

⁹⁴ De acordo com o Art. 5º, XV, do PLS 559/2013, conta vinculada são as provisões realizadas pela Administração contratante em instituição bancária oficial para o pagamento de seus encargos contratuais.

pagamentos que, caso ocorram, podem colocar em risco a saúde financeira das empresas, principalmente nos casos de obras de grande vulto.

No Art. 126, cria-se a possibilidade do estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, definidos no instrumento convocatório e no contrato. Esta é uma medida que pode ser positiva. Contudo, há de ser bem estudada porque caso os indicadores não forem bem escolhidos e devidamente acompanhados pela Administração Pública, eles podem trazer prejuízo aos cofres públicos.

3.1.11 PLS 559/2013 – Capítulo XI

O capítulo XI trata da publicidade. A mudança em relação à legislação anterior é a fixação, no Art. 128, dos prazos de acordo com os critérios de julgamento adotados ou com o objeto a ser adquirido e também o fim da exigência da veiculação dos resumos dos editais em jornais impressos, conforme tendência já comentada ao final do item 2.1.1 deste trabalho, mantendo-se nos sítios eletrônicos oficiais de divulgação de licitações e nos Diários Oficiais:

Art. 128. Os prazos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório, serão os seguintes:

I - para aquisição de bens:

- a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

- a) 30 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) acima de 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 15 (dias) dias úteis;

[...]

§ 1º A publicidade a que se refere este Capítulo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, **será realizada mediante divulgação em sítio eletrônico oficial de divulgação de licitações** ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório, **com publicação de resumo do objeto publicado nos seguintes meios:**

I - **no Diário Oficial da União**, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - **no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal** quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; **(grifo nosso)**

3.1.12 PLS 559/2013 – Capítulo XII

O capítulo XII, também em artigo único, é relativo aos pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos. Prevê-se que a intenção de recorrer deve ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e que a apreciação dos recursos apresentados se dará em fase única:

Art. 129. Dos atos da Administração Pública decorrentes da aplicação desta Lei caberão:

[...]

§ 1º Quanto aos recursos apresentados em face do que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso II do caput deste artigo, será observado o seguinte:

I - **a intenção de recorrer deve ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão**, iniciando-se o prazo para a apresentação das razões recursais previsto no inciso II do caput deste artigo na data de intimação ou da lavratura da ata da decisão que decidiu sobre a habilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 19 desta Lei, da decisão de julgamento;

II - **a apreciação se dará em fase única.**

§ 2º O acolhimento de recurso implicará invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

§ 3º **O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso** e terá início na data da intimação ou publicação que informe ter havido interposição de recurso. **(grifo nosso)**

Estes dispositivos repetem em linhas gerais o atualmente previsto na Lei 12.462/2011. A principal diferença é a apreciação do recurso em apenas uma fase, com o prazo para apresentação de contrarrazões sendo o mesmo do recurso, tendo início na data da intimação ou publicação que informe ter havido a sua interposição.

3.1.13 PLS 559/2013 – Capítulo XIII

No capítulo XIII, estão elencadas as sanções administrativas e penais. O Art. 131 diz que as penalidades administrativas terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer. O Art. 135 estabelece que a multa poderá ser moratória ou compensatória pela inexecução total ou parcial do objeto e seu não pagamento implica a suspensão de contratar com a Administração. Essa suspensão tem, conforme o Art. 136, prazo máximo de 2 (dois) anos e efeitos restritos ao âmbito da pessoa jurídica na qual se insere o órgão da Administração que aplicou a penalidade e à pessoa jurídica punida. O mesmo artigo determina que a declaração de inidoneidade tem prazo máximo de 5 (cinco) anos e efeitos no âmbito de todos os órgãos públicos, inclusive concessionários e permissionários, e é extensível à pessoas físicas e jurídicas relacionadas ao punido.

Art. 135. **A multa poderá ser moratória ou compensatória** pela inexecução total ou parcial do objeto e se regula pelas seguintes disposições:

[...]

§ 4º **O não pagamento da multa, independentemente do valor, implica a suspensão de direitos** previstos nesta Lei, enquanto não for quitado o débito.

[...]

Art. 136. As penalidades de suspensão para contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública restringem o exercício de direitos dos particulares e, a partir da ciência por esses, geram os seguintes efeitos imediatos:

[...]

§ 1º **A suspensão para contratar com a Administração tem prazo máximo de dois anos e efeitos restritos:**

I - ao âmbito da pessoa jurídica na qual se insere o órgão da Administração que aplicou a penalidade; e

II - à pessoa jurídica punida.

§ 2º **A declaração de inidoneidade tem prazo máximo de cinco anos e efeitos:**

I - no âmbito de todos os órgãos públicos, inclusive concessionários e permissionários;

II - **estendido às:**

a) pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica que firmou o contrato ou participou da licitação, exceto os sócios cotistas minoritários que não participem da administração da empresa;

b) pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior;

c) pessoas jurídicas constituídas pelos sócios da empresa declarada inidônea. **(grifo nosso)**

Estas sanções também poderão ser realizadas pelos Tribunais de Contas, de acordo com o Art. 139:

Art. 139. Sem prejuízo de outras disposições legais, **poderá também o Tribunal de Contas competente proceder à aplicação das sanções** de suspensão para contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, observado o seguinte:

I - a decisão pela aplicação da sanção deve ser adotada por dois terços do pleno do Tribunal de Contas, em processo no qual tenham sido garantidos o exercício do contraditório e da ampla defesa; **(grifo nosso)**

Essas determinações são importantes tanto para definir mais claramente a extensão da punição aplicada - se o sancionado está impedido de contratar somente com determinado o órgão ou entidade ou com toda a Administração Pública - quanto para dificultar que aquelas pessoas deram causa à declaração de inidoneidade de determinada pessoa jurídica tenham a possibilidade de continuar a trabalhar para o governo.

Contudo, alerta-se que, como já explicado ao final do item 3.1.1 deste trabalho, há a possibilidade de posteriormente ser discutida a inconstitucionalidade do Art. 139 por vício de iniciativa, por ele teoricamente tratar da organização dos tribunais de contas ao, por exemplo, estabelecer em seu inciso primeiro um quórum para aplicação de sanção.

As infrações penais são tratadas dos artigos 140 a 148. Este último artigo estabelece que se um agente de licitação, contratação ou controle for acusado injustamente, o juiz ordenará sessão pública de desagravo, e o denunciante arcará com o custo da correspondente publicidade na imprensa oficial e em outro meio de divulgação determinado na sentença.

O Art. 149 admite a reabilitação integral ou parcial do licitante ou contratado, em todas as penalidades aplicadas, desde que repare integralmente a Administração e cumpra as condições de reabilitação definidas no ato punitivo.

Busca-se com isso incentivar o retorno aos cofres públicos do valor do prejuízo causado pelo contratado.

3.1.14 PLS 559/2013 – Capítulo XIV

O capítulo XIV traz as disposições finais e transitórias do PLS. Destaca-se a permissão, no Art. 151 do PLS, para que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica ou serviço público em regime de competição possam editar regulamento licitatório próprio, enquanto não for aprovado o estatuto jurídico a que se refere o art. 173, § 1º, da CF/88:

Art. 151. A empresa pública e a sociedade de economia mista que explore atividade econômica ou serviço público em regime de competição, enquanto não for aprovado o estatuto jurídico a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, **pode editar regulamento próprio**, o qual deve observar:

- I - adoção integral dos princípios da licitação definidos nesta Lei;
- II - sua aprovação pela autoridade máxima; e
- III - sua publicação em meio de divulgação oficial. **(grifo nosso)**

Essa autorização tentaria resolver a divergência, apontada no item 1.2 deste trabalho, que existe atualmente tanto na doutrina quanto na jurisprudência com relação à contratação de obras, serviços, compras e alienações das empresas públicas e sociedades de economia mista que competem com empresas privadas.

Como descrito anteriormente, entre os artigos 153 a 174 do PLS são trazidas alterações pontuais em 22 (vinte e duas) normas que tratam do tema. E o último artigo traz a revogação das Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e dos artigos 1 a 47 da Lei 12.462/2011, que instituiu o RDC:

Art. 176. Ficam revogados:

- I - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
- II - a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002;
- III - os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Agora que foi apresentado o PLS 559/2013, serão compiladas no próximo capítulo algumas sugestões que se consideram positivas para o aperfeiçoamento da legislação sobre licitações públicas no Brasil.

4. CAPÍTULO IV - SUGESTÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL.

Após a apresentação dos conceitos de Administração Pública, de Licitação Pública e de seus princípios correlatos, no capítulo I, das modalidades e dos tipos de licitação e do RDC, no capítulo II, e do Projeto de Lei do Senado 559/2013, no capítulo III, serão apresentadas sugestões para o aperfeiçoamento da Legislação sobre Licitações Públicas no Brasil.

4.1 Qualificação dos servidores

A fim de que as licitações saiam a contento e possam ser instrumentos para que a Administração Pública no Brasil cumpra seu papel de maneira eficiente, é importante que haja um corpo de servidores estáveis altamente capacitado e que passe por qualificação constantemente. Eles também devem contar com uma boa remuneração, não só para atrair bons profissionais para a carreira pública, mas também para retê-los.

Por exemplo, para que se consiga um projeto executivo de uma obra ou serviço de engenharia realmente de qualidade é preciso que estes técnicos (engenheiros, arquitetos, geólogos, etc.) consigam avaliar os produtos apresentados, orientando o contratado e solicitando correções para que ele traga uma solução condizente com o problema apresentado, com o menor custo possível, dentro do princípio da economicidade. Posteriormente, estes servidores serão essenciais na fiscalização da obra ou do serviço de engenharia, principalmente se eles tiverem acompanhado o projeto executivo desde sua cuja concepção.

Esta capacitação não deve ser restrita ao pessoal técnico, mas também ao pessoal administrativo que conduz o procedimento licitatório. Por mais que a legislação atual possa ser aperfeiçoada, não raro as licitações públicas apresentam problemas, com a contratação de produtos e serviços de baixa qualidade, porque os instrumentos legais já disponíveis não são corretamente utilizados. Assim, a estruturação de um setor de compras e licitação, com pessoal técnico e

administrativo bem treinado é considerado como de fundamental importância, inclusive com recomendações recentes do TCU⁹⁵ neste sentido.

Por isso, acredita-se que o proposto no Art. 9º do PLS indica o sentido correto, determinando que sejam asseguradas a qualificação dos agentes que trabalhem com licitações. Isso obrigaria os órgãos e entidades públicas a manter uma política continuada de capacitação. Nesta missão, a tecnologia pode ser uma importante aliada: utilizando-se a internet para a divulgação de material escrito ou para a gravação de aulas sobre os mais diversos assuntos e que podem ser acessadas em qualquer hora e lugar. Ou ainda usar de ferramentas como videoconferências para capacitação e troca de experiências.

Um exemplo de como a falta de qualificação pode emperrar a atuação da Administração Pública pode ser vista em relação à possibilidade de indicação de marca nas licitações de compras. É comum que em repartições públicas o uso deste expediente seja banido por estar pretensamente vedado pela Lei 8.666/1993. Contudo, o TCU autoriza⁹⁶ a indicação de marca por meio da súmula 270/2012, com fundamento na Lei 8.666/1993, Art. 15, I, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.

4.2 Segregação entre elaboração e execução de projeto de engenharia

Como explicado anteriormente, ao permitir que uma empreiteira contratada elabore os projetos de engenharia e, posteriormente, ela mesmo execute

⁹⁵ Assunto: CONTROLES INTERNOS. DOU de 12.06.2015, S. 1, p. 95. Ementa: recomendação à Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento no Estado de Rondônia no sentido de que desenvolva um plano de ação com vistas ao aperfeiçoamento do ambiente de controle, **organizando ações como: estruturar um setor de compras e licitação**, acompanhar a tempestividade da tramitação da informação, criar um documento formalizando as atividades de controle, realizar estudos de riscos que podem impactar no negócio da unidade, realizar constantemente o monitoramento do controle interno da unidade, **promover a participação de servidores em cursos de capacitação** para implementação e melhoramento do ambiente de controle (item 1.9.2, TC-037.031/2012-0, Acórdão nº 3.183/2015-1ª Câmara).

Assuntos: CAPACITAÇÃO e LICITAÇÕES. DOU de 01.07.2015, S. 1, p. 87. Ementa: recomendação ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo do Amapá no sentido de que **promova a capacitação continuada dos agentes responsáveis pela elaboração de procedimentos licitatórios** (item 1.7.1.1, TC-027.981/2014-2, Acórdão nº 3.707/2015-1ª Câmara). (grifo nosso)

⁹⁶ Súmula 270/2012: Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.

as obras, a montagem, os eventuais testes, a pré-operação e as outras etapas necessárias para a conclusão do empreendimento, como previsto na contratação integrada, a Administração Pública corre o risco de desembolsar um valor mais elevado do que seria preciso, em razão da assimetria de informações entre ambos.

Ademais, como já explanado previamente, o Procurador-Chefe do MPF alerta nos autos da ADI 4.655/2011 que a possibilidade de se concentrar num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra ou do serviço afrontaria a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade.

Um dos argumentos que os defensores da manutenção da contratação integrada no PLS utilizam é que há no Art 76, § 4º, vedação quanto a alteração do preço contratual por meio de aditivos. Porém, este mesmo dispositivo traz as exceções a esta proibição:

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, **é vedada a alteração do preço contratual, exceto nos seguintes casos:**

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - **por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública**, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos quanto acréscimos contratuais previstos nesta Lei. **(grifo nosso)**

Um problema que pode ocorrer é que se a Administração Pública não tiver a seu dispor uma equipe qualificada, ela não terá condição material de propor uma alteração no projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação. E mesmo que tenha técnicos capacitados, o contratado, que elaborou o projeto e o está executando, sempre possuirá mais e melhores informações.

E, com a teórica imutabilidade do preço contratual, a empresa contratada tenderá a fazer uma análise de riscos, podendo embutir isto no preço ofertado à Administração Pública na licitação, o que elevará o seu valor. Além disso, há a possibilidade de o contratado tentar superestimar os quantitativos necessários para execução do serviço ou da obra, quando da elaboração do projeto completo e do

executivo, para ter uma “gordura” caso algo saia diferente do previsto, fazendo com o que o preço a ser pago seja maior do que o necessário.

4.3 Licitações para obras e serviços de engenharia obrigatoriamente com Projeto Executivo

Considera-se de grande importância que a Administração Pública tenha o máximo possível de informações ao lançar um edital, principalmente de obras e serviços de engenharia, que normalmente envolvem recursos mais vultosos, a fim de estabelecer os prazos, a qualidade a ser atingida pelo empreendimento, o orçamento e os custos de manutenção. Para tal, uma maneira que tende a trazer melhores resultados é realizar a licitação de posse do projeto executivo, elaborado de forma antecipada e, preferencialmente, de forma independente de sua execução (conforme defendido no item anterior).

Desta maneira, minimiza-se a probabilidade de variação no valor a ser gasto, uma vez que um projeto executivo permite a elaboração de um orçamento com um nível de precisão mais alto do que com um projeto completo e com uma margem de erro de aproximadamente 5% (cinco por cento), quando de posse das plantas detalhadas, das especificações completas e dos preços negociados, de acordo com o TCU.

Ademais, ao executar a obra com o projeto executivo, tende-se a se alcançar um resultado tecnicamente melhor, com soluções mais elaboradas e completas, antecipando-se a possíveis dificuldades na execução por meio da compatibilização dos diferentes projetos (estrutural, elétrico, hidráulico, etc.).

E, mais uma vez, acredita-se na necessidade de a Administração Pública contar com um quadro de servidores competentes para o seu acompanhamento. Isso porque para que se consiga um projeto de qualidade não basta fazer um bom edital (apesar de isso ser muito importante): é fundamental que se tenha técnicos competentes, que analisarão os produtos apresentados e farão as cobranças necessárias para que o contratado apresente um projeto de qualidade. Eventualmente, esta mesma equipe técnica poderia elaborar um projeto executivo necessário para a realização de uma obra ou serviço de engenharia.

Muitas das dificuldades encontradas na execução de licitações públicas brasileiras de obras e serviços de engenharia podem ser derivadas de falhas nos projetos, seja pela baixa qualidade técnica ou pelo detalhamento insuficiente. Do mesmo modo, no caso de compras em geral, o problema pode estar em especificações mal elaboradas, sem a correta definição do escopo e nível de qualidade exigida pela Administração Pública. Porém, quem acaba sendo apontada como responsável por estas dificuldades é a legislação que, repita-se, tem muitos pontos a serem melhorados, mas é apenas parte do problema.

4.4 Considerar serviços e obras de engenharia como serviços técnicos especializados

Entende-se que a legislação que regulamenta a profissão de engenheiro e que instituiu a ART permite concluir pela inexistência de obras e serviços de engenharia comuns. Isso porque é imprescindível a presença de um engenheiro habilitado para a realização de quaisquer obras ou serviços de engenharia. E este profissional deverá assinar a ART como responsável técnico. De maneira similar, o mesmo vale para execução de obras ou prestação de quaisquer serviços técnicos realizados pelos arquitetos e urbanistas, que assinam o RRT.

Destarte, serviços técnicos e obras deveriam ser sempre considerados serviços técnicos profissionais especializados. E, como tal, acredita-se que eles devam ser selecionados por meio da realização de concurso ou licitados em concorrência julgada pelo tipo “técnica e preço”, definindo-se, neste último caso, o peso da proposta técnica em 70% e do preço em 30%. Portanto, não seria possível a utilização do pregão para a escolha daquele que os executaria, uma vez que esta modalidade licitatória obrigatoriamente é do tipo menor preço.

4.5 Pré-qualificação dos licitantes

A determinação para que só participem de futuras licitações aqueles que estiverem pré-qualificados tenderá a fazer com que as empresas se organizem para disputar a chance de fornecer produtos e serviços à Administração Pública. Elas

deverão inicialmente fazer a inscrição no sistema de cadastramento governamental e, posteriormente, mantê-la atualizada.

Isso significa que deverão apresentar periodicamente documentos como certidões trabalhistas, de depósito do FGTS, negativas de impostos nas três esferas (federal, estadual e municipal), balanços contábeis, e os certificados de capacidade técnica e operacional. Possivelmente, essa medida tende a melhorar o nível dos licitantes, porque eles teriam que manter suas condições de habilitação permanentemente, afastando aqueles menos comprometidos.

A divisão proposta no PLS da atual qualificação técnica em habilitação técnica-profissional, que evidencia a capacidade dos profissionais vinculados ao participante para realizar o objeto da licitação, e habilitação técnica-operacional, que demonstra a aptidão do licitante, será interessante para evitar que uma empresa sem experiência em uma determinada área possa concorrer em uma licitação por meio da contratação de um profissional com o acervo técnico solicitado pelo edital. Some-se a isso a obrigação da Administração avaliar previamente o desempenho contratual dos licitantes. Desta forma, essas medidas também tenderão a contribuir com o aumento da qualificação dos participantes das licitações públicas. E haveria ainda a tendência na redução dos prazos das licitações, uma vez que os participantes estariam previamente habilitados e, por conseguinte, diminuiria a possibilidade de se impetrar recursos relativamente a esta fase.

Outra vantagem quanto à pré-qualificação é que bastaria às empresas entregar a documentação exigida ao órgão cadastrador da Administração Pública uma única vez, de maneira a valer para vários certames em qualquer órgão ou entidade pública. Hoje, se uma empresa participa de 3 (três) licitações em uma semana no mesmo órgão, ela deve trazer 3 (três) envelopes de habilitação nas sessões públicas correspondentes, gerando custos desnecessários e perda de tempo. Com a pré-qualificação, bastaria a consulta *on line* do cadastro pela Comissão de Licitação na hora da abertura da sessão pública.

E, para evitar que uma determinada empresa seja prejudicada pela demora do órgão cadastrador, poderia ser estabelecido um prazo para que a Administração Pública desse um retorno à empresa pela aprovação do cadastro ou pela exigência de informações complementares: passado este período sem

resposta, a empresa seria considerada pré-qualificada, estando apta a participar das licitações públicas.

4.6 Utilização do SRP com vedação à “carona” em ata de registro de preços

Uma importante medida, em consonância com o previsto no PLS, seria a imposição de o órgão gerenciador realizar procedimento público de intenção de registro de preços, a fim de permitir a participação de outros órgãos ou entidades públicas na respectiva ata. Por outro lado, acredita-se que isso deveria vir em conjunto com a proibição de adesão posterior a uma ata (“carona”), ao contrário do que preconiza o PLS.

Desta maneira, avaliar-se-ia previamente o volume previsto de contratação pela Administração Pública para determinado item, o que possibilitaria a redução de custo em virtude da economia de escala gerada. Além disso, ao impedir a adesão à ata de registro de preços, as entidades e os órgãos públicos seriam estimulados a fazer um melhor planejamento interno, definindo de antemão a participação ou não nos processos abertos.

Quando da vigência do Decreto 3.931/2001, que regulamentava o Sistema de Registro de Preços, era possível a adesão ilimitada à ata de registro de preços. Essa situação acabava por trazer prejuízo à Administração pelo não aproveitamento do maior volume de compras a ser realizado, sendo rechaçado⁹⁷ pelo TCU.

⁹⁷ O Ministro Valmir Campelo, no âmbito do TC 008.840/2007-3, discorreu sobre a questão da adesão indiscriminada a atas de registro de preços, conforme se verifica no trecho a seguir do voto condutor do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário:

“6. Diferente é a situação da **adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos**. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 **ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços no valor de R\$ 32,0 milhões. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.**

Atualmente, o Sistema de Registro de Preços é regulamentado pelo Decreto 7.892/2013. Ele revogou Decreto 3.931/2001 e estabeleceu limites⁹⁸ à adesão futura a ata de registro de preços. Apesar de esta medida poder ser considerada um avanço ao vetar o uso indiscriminado da carona em ata, acredita-se que a solução que possivelmente traria melhores resultados para a Administração Pública seria, pelos motivos acima elencados, a sua proibição total.

Neste sentido, autores como Niebuhr (2012, p. 628) condenam o uso da adesão à ata de registro de preços:

A adesão à ata de registro de preços viola abertamente o princípio da economicidade. Ora, empresa participa de licitação para promover registro de preços cujo objeto é constituído por quinhentos computadores. Logo, ele oferece preço para quinhentos computadores. Vence a licitação e assina a ata de registro de preço. No curso da vigência da ata, outras nove entidades aderem a ela, e o fornecedor, em vez de vender quinhentos computadores, vende ao todo cinco mil computadores. **O ponto é que os cinco mil computadores são vendidos ao mesmo preço dos quinhentos computadores.** Como dito, por força da economia de escala, no mercado, o preço de cinco mil computadores é inferior ao preço de quinhentos computadores. Por via de consequência, a Administração Pública, ao pagar por cinco mil computadores o mesmo preço de quinhentos computadores, arca com valor superior ao praticado no mercado, o que vulnera, às escâncaras, o princípio da economicidade. **(grifo nosso)**

8. Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerada que, num cenário desses, **a Administração perde na economia de escala**, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.” **(grifo nosso)**

⁹⁸ Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

[...]

§ 3º. As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 4º. O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços **não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços** para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem. **(grifo nosso)**

4.7 Realização de licitações públicas preferencialmente sob a forma eletrônica

Considera-se que a realização das licitações públicas sob a forma eletrônica como regra geral trará um grande e positivo impacto para as licitações públicas brasileiras. Também seriam admitidas sessões públicas presenciais, desde que a autoridade competente justificasse formalmente nos autos do processo administrativo respectivo a sua opção, sob pena de responsabilização funcional.

Além da redução de custos para a Administração Pública, a realização da licitação na sua forma eletrônica tende a dificultar a formação de um cartel porque sempre haverá a possibilidade de uma empresa não integrante do conluio concorrer, mesmo que distante a centenas ou milhares quilômetros, dado que o custo para ela participar da licitação será drasticamente diminuído, já que basta estar previamente cadastrada e ter acesso a um computador com internet para poder apresentar uma proposta. Desta forma, incrementa-se o número de potenciais licitantes, fazendo com que o valor a ser desembolsado pelo erário tenha a propensão a se reduzir. Ademais, a realização da licitação na internet eleva a transparência no processo como um todo, ao possibilitar que mais pessoas possam acompanhá-la e, conseqüentemente, fiscalizá-la.

4.8 Uso de disputa aberta e fechada na fase de apresentação de propostas na concorrência

A possibilidade da utilização, a exemplo do que existe atualmente para o pregão e para o RDC, de lances intermediários e o reinício da disputa após a definição da melhor proposta para se estabelecer o vencedor na concorrência, desde que haja uma diferença de pelo até 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente, aumentaria a competitividade desta modalidade e, em consequência, reduziria o montante a ser pago pela Administração Pública.

Este é mais um dispositivo que auxilia no combate à cartelização pois permite a outro licitante que não faça parte do esquema fraudulento, caso não tenha oferecido o valor mais baixo, possa baixar a sua proposta na hora, se ela estiver dentro do intervalo tolerado pelo regulamento, e com isso atrapalhar o arranjo.

Contudo, para que se tenha este resultado é necessário que exista um bom número de participantes, porque senão há o risco de os licitantes apresentarem inicialmente propostas com um valor um pouco mais alto do que fariam normalmente, esperando a fase de lances intermediários. Se esta fase não ocorrer, pode propiciar o aumento do lucro do vencedor, com prejuízo para a Administração. Como explicado acima, uma boa maneira de elevar a quantidade de concorrentes é a adoção da licitação na sua forma eletrônica.

4.9 Aumento da publicidade dos gastos públicos

Há pouco mais de um século, o ex-juiz da Suprema Corte Americana Louis Brandeis cunhou uma frase⁹⁹ que entrou para a história: “Luz do Sol é o melhor dos desinfetantes”. Assim, a melhor maneira para que os gastos públicos sejam fiscalizados, não apenas como medida para a prevenção da corrupção, mas também para que se possa cobrar uma maior eficiência no seu uso, é a ampliação ao máximo da publicidade.

Desta forma, deve-se estabelecer a identificação pormenorizada de todos os custos incorridos pela Administração Pública: não só com os já citados gastos com hospedagem e cachês de artistas, e os quantitativos, preços unitários e totais de obras, mas também de todas as contratações públicas. Acredita-se que se deva colocar nos sítios eletrônicos governamentais cópias de todos desembolsos realizados.

Esta medida é ainda mais importante quando se pretende elevar em 10 (dez) vezes o limite do valor até o qual é dispensável a licitação em relação ao valor atual, tanto para a contratação de obras e serviços de engenharia, que iria para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), quanto para outros serviços e compras, que passaria para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Apesar desse aumento poder ser considerado algo positivo, porque os valores previstos na Lei 8.666/1993 não são reajustados¹⁰⁰ desde 1998, deve-se

⁹⁹ Do original: “*Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.*” Em tradução livre: “Luz do Sol é o melhor dos desinfetantes; luz elétrica o mais eficiente policial”. Disponível em: <<http://www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

¹⁰⁰ Os valores atuais foram definidos pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.

exigir como contrapartida uma maior transparência. Atualmente, com o desenvolvimento da tecnologia da informação, há uma maior facilidade para que os órgãos e entidades públicas, ou mesmo as prefeituras das pequenas cidades do interior do Brasil, coloquem todas as suas contas na rede mundial de computadores para que toda a sociedade possa vigiar sua utilização.

Uma sugestão para aumentar essa vigilância seria a inclusão na legislação brasileira da obrigatoriedade de criação de uma cadeira sobre “transparência e fiscalização dos recursos públicos” nas universidades, em cursos como Engenharia, Administração e Direito, na qual constasse em sua ementa a elaboração de relatórios, na área correlata, acerca da destinação dos orçamentos das diferentes esferas governamentais.

Desta maneira, os alunos de Engenharia, por exemplo, analisariam os projetos das obras e serviços de engenharia licitados; os de Direito, os editais publicados; os de Administração, os relatórios de gestão, etc. Com isso, estes cursos prestariam um serviço à sociedade e também auxiliariam aos órgãos de controle como a Controladoria-Geral da União (CGU), o TCU e o Ministério Público no controle dos gastos públicos, uma vez que eles atuam por amostragem¹⁰¹ em razão da limitação de pessoal e da abrangência da atual estatal no País.

4.10 Introdução do conceito de ciclo de vida para contratações

A exigência da introdução do conceito de ciclo de vida do objeto a ser licitado vai ajudar a dar maior eficiência às contratações da Administração Pública. Não que isso não possa ser feito hoje: pelo contrário, esta análise do ciclo de vida já deveria ser realizada cotidianamente porque tem como resultado a contratação mais vantajosa para a Administração, cuja busca, mais do que uma faculdade, é uma obrigação das autoridades competentes.

¹⁰¹ A Controladoria-Geral da União (CGU) sorteia anualmente alguns municípios brasileiros que são fiscalizados quanto à aplicação dos recursos federais destinados à execução de programas do governo; bem como apurar as denúncias e representações enviadas à CGU relativas às cidades sorteadas. Em 2015, foram sorteados 60 (sessenta) municípios com até 100 mil habitantes. Fonte: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/02/cgu-realiza-40o-sorteio-e-define-60-municipios-a-serem-fiscalizados>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

São de uso corriqueiro nas universidades públicas brasileiras, por exemplo, canetas cuja baixa durabilidade é motivo de muitas críticas. Alega-se, nesse caso, que nada se pode fazer por conta do critério de julgamento pelo menor preço. Todavia, como explicado antes, isso se deve muito mais às especificações mal elaboradas pela Administração Pública, sem a correta definição do escopo e nível de qualidade demandada, do que da legislação. Nesse ponto, retorna-se à questão da baixa capacitação dos servidores que lidam com licitações, seja na parte da operação (redação de instrumento convocatório), seja na parte técnica (elaboração das especificações).

Assim, bastaria que no termo de referência tivesse uma descrição pormenorizada das características necessárias das canetas, de maneira que elas atendessem o interesse da Administração Pública (no exemplo dado, as universidades públicas). Eventualmente, exigiria-se algum tipo de certificação quanto à sua durabilidade (por exemplo, selo do INMETRO¹⁰²) ou uma fórmula de apuração do menor valor que leve em conta o rendimento (como o número de linhas escritas por mililitro de tinta).

No Art. 68 do PLS, há a previsão da possibilidade de indicação de determinada marca “quando a mesma indicar características e qualidades que distinguem o objeto quanto ao uso pretendido de outros disponíveis no mercado, observado, inclusive, aspectos relacionados à durabilidade”. Acredita-se que esta ação, junto à exigência de uma melhor especificação dos produtos por conta da introdução do conceito de ciclo de vida dos produtos e serviços, teria o condão de acentuar a qualidade das compras governamentais.

Recomenda-se ainda que na apreciação do ciclo de vida dos produtos físicos se inclua a questão do descarte, a fim de se encontrar uma solução com o menor impacto possível no meio ambiente, em consonância com o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável e com o estabelecido pela política nacional de resíduos sólidos.

Como explicitado anteriormente, o PLS não trouxe uma definição do conceito de ciclo de vida adotado. A Lei 12.305/2010, que instituiu a política nacional

¹⁰² O INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

de resíduos sólidos, define em seu Art. 3º, IV, o ciclo de vida do produto como a “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”.

Esta Lei, regulamentada¹⁰³ pelo Decreto 7.404/2010, estabeleceu como alguns de seus instrumentos a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada¹⁰⁴ pelo ciclo de vida dos produtos, esta última designada como um dos princípios¹⁰⁵ desta política. Assim, acredita-se que a legislação sobre as licitações públicas brasileiras possa fazer menção à definição de ciclo de vida insculpido na Lei 12.305/2010, de maneira a melhor esclarecer o conceito utilizado e manter harmonia com o determinado pela política nacional de resíduos sólidos.

4.11 Adoção de minutas de edital e de contrato padronizadas

A utilização de minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes, como já acontece em alguns órgãos e entidades públicos, e

¹⁰³ O Decreto 7.404/2010 regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências.

¹⁰⁴ Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

V - **coleta seletiva**: coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição;

[...]

XII - **logística reversa**: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;

[...]

XVII - **responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos**: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei; **(grifo nosso)**

¹⁰⁵ Art. 6º. **São princípios** da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

VII - **a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; (grifo nosso)**

prevista no Art. 24 do PLS, será de grande valia nas licitações públicas tanto para a Administração quanto para os licitantes.

Para a Administração, pela economia de tempo na elaboração do instrumento convocatório e pela melhoria na sua qualidade com o decorrer do tempo, porque poderão ser feitos pequenos ajustes na sua redação, caso necessário, conforme forem surgindo questionamentos e sugestões.

Para os licitantes, pela maior previsibilidade acerca das exigências a serem feitas pelo poder público para participação nos certames, decorrente da sedimentação do entendimento acerca da interpretação dos dispositivos do edital pela Administração Pública, que poderá ser pesquisado, por exemplo, pela consulta às atas das sessões divulgadas na imprensa oficial e nos sítios eletrônicos de divulgação de licitações.

4.12 Estabelecimento de condicionantes à suspensão da licitação ou do contrato

A obrigatoriedade de uma análise prévia sobre o impacto da suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato, com o sopesamento de outras opções para se determinar que essa seria a que melhor atendesse ao interesse público, conforme proposto no Art. 93 do PLS, teria grande importância no aperfeiçoamento das licitações públicas no Brasil. Isso porque a suspensão da licitação ou do contrato pode às vezes ser mais nociva ao interesse público¹⁰⁶ do que o seu prosseguimento, mesmo que com alguns problemas.

Da mesma maneira, o dispositivo que decide pela proibição de suspensão licitações por inconformidades do instrumento convocatório quando este tiver sido disponibilizado por pelo menos noventa dias antes da abertura da sessão pública aos órgãos de controle, tende a dar maior segurança jurídica aos órgãos e entidades

¹⁰⁶ Teve grande repercussão na mídia uma reunião da Comissão de Infraestrutura do Senado em maio de 2013 na qual o Senador Fernando Collor criticou o TCU, que supostamente teria suspenso a obra da BR 101 em Pernambuco, mandando repactuar o valor contratado de R\$ 142 milhões para R\$ 133 milhões. Como, segundo o Senador, a empresa não teria aceitado a mudança houve a rescisão do contrato. Teria sido realizada então outra licitação, mas nenhuma empresa se apresentou. Em uma segunda licitação, a proposta mínima teria sido de R\$ 182 milhões. Assim, ao invés de uma economia de R\$ 9 milhões, teria sido gerado um prejuízo de R\$ 40 milhões. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/collor-rasga-relatorio-do-dnit-e-chama-tecnicos-do-tcu-de-incompetentes,153184e>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

públicas quanto ao planejamento de suas licitações. Isso porque essa medida, juntamente com a padronização dos editais e dos contratos, propiciará a criação de uma jurisprudência acerca destes.

Por fim, sugere-se a vedação à suspensão da execução do contrato relativo às obras e serviços de engenharia após o cumprimento das condicionantes e compensações ambientais e relativas ao patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial. Esta medida pretende dar maior tranquilidade e previsibilidade àqueles que executam estes contratos porque a sua suspensão gera custos com desmobilização de mão de obra e equipamentos, que depois são obrigatoriamente repassados aos cofres públicos, além de afetar o fluxo de caixa das empresas, o que pode ensejar futuras cobranças judiciais.

4.13 Extinção das modalidades tomada de preços e convite

Como anteriormente abordado, estas modalidades de licitação foram criadas originalmente para contratações mais simples (convite) ou com valores intermediários (tomada de preços), em uma época que a internet estava em uma fase embrionária e não se justificaria a abertura de um processo licitatório mais complexo. Com o advento do pregão, principalmente em sua forma eletrônica, e com o avanço e difusão dos recursos da tecnologia da informação, essas modalidades ficaram sem razão de existir.

Ademais, ocorreu uma gradual distorção do convite e da tomada de preços, com a elevação de sua complexidade, exigindo-se dos licitantes a comprovação de toda documentação para habilitação antes da abertura das propostas. Como explicado previamente, isso se deu em razão da possibilidade aberta pela legislação para que participação de interessados que atendam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, no caso de tomada de preços, e também de participantes não cadastrados no convite. Essa situação levou as autoridades competentes a demandar a apresentação dos documentos de habilitação pelos participantes, por receio de elas terem que responder funcionalmente por qualquer problema que ocorra posteriormente, caso constatado que o vencedor da licitação não cumpre algum requisito. Desta maneira, estas modalidades licitatórias,

pensadas para serem mais simples, acabaram não se distinguindo da concorrência na prática. Portanto, não há muito sentido na sua manutenção.

Outra consequência da extinção do convite e da tomada de preços é que a modalidade licitatória seria escolhida levando-se em consideração o tipo de objeto a ser licitado e não mais o seu valor. Isso acabaria com a prática de fracionamento de licitação condenada pelos órgãos de controle dos recursos públicos.

4.14 Retenção de tributos e contribuições pela Administração

Atualmente, a legislação impõe que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado somente pelos encargos previdenciários¹⁰⁷ resultantes da execução do contrato, não se transferindo esta responsabilidade no caso de encargos fiscais, comerciais e trabalhistas.

Quanto a este último encargo, deve-se ressaltar o conteúdo da súmula 331 do TST que diz que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente¹⁰⁸ caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/1993.

¹⁰⁷ Art. 71. **O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.**

§ 1º. **A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.**

§ 2º. **A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato**, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **(grifo nosso)**

¹⁰⁸ **Súmula nº 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - **A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional** (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Assim, considera-se que a determinação da retenção dos valores relativos aos tributos e às contribuições de seguridade social, previdenciária, e trabalhistas pela Administração Pública seria importante para aumentar a proteção atualmente oferecida aos direitos dos trabalhadores. Ademais, esta medida resguardaria os cofres públicos de uma possível cobrança em razão das obrigações impostas pela legislação.

4.15 Adoção de fase única para recursos

A obrigatoriedade de o licitante manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob risco de preclusão, é um dispositivo que já vem sendo utilizado tanto na Lei do Pregão quanto na Lei do RDC. Acredita-se que o acréscimo da fase recursal única, conforme proposto no PLS, ofertando-se o mesmo prazo para apresentação de contrarrazões, contados da data da intimação ou publicação que informe ter havido interposição de recurso, poderá trazer maior celeridade às licitações públicas.

Hoje em dia, os prazos dos recursos na legislação são sucessivos tanto na Lei do Pregão¹⁰⁹, na Lei do RDC¹¹⁰ e na Lei que trata das normas gerais¹¹¹ sobre

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. **(grifo nosso)**

¹⁰⁹ Art. 4º. A fase externa do **pregão** será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, **que começarão a correr do término do prazo do recorrente**, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos; **(grifo nosso)**

¹¹⁰ Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

[...]

licitações públicas e contratos: primeiro um ou mais licitantes recorrem; interposto o recurso, abre-se o mesmo período para contrarrazões dos demais participantes, aumentando o tempo para a conclusão da licitação.

Ademais, hoje em dia a autoridade competente é obrigada a aguardar o prazo que os licitantes tem para recorrer para homologar a licitação e dar continuidade ao processo licitatório, a menos que os todos os licitantes estejam presentes à sessão pública e renunciem expressamente ao seu direito de recorrer.

Desta maneira, com a modificação proposta, caso nenhum licitante manifestar imediatamente a intenção de recorrer, será possível prosseguir com o processo licitatório.

Poderia também haver um comando que deixasse explícito que se a licitação for presencial e o participante enviar os envelopes à comissão de licitação ou ao pregoeiro para serem por eles abertos na sessão pública, ele estará abdicando do direito de recorrer posteriormente.

Por outro lado, um dispositivo que poderia ser mantido na legislação sobre licitações públicas é aquele que garante o efeito suspensivo do recurso contra decisões relativas à habilitação ou inabilitação do licitante, ao julgamento das propostas e ao indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento. O já citado Decreto 3.555/2000, que regulamenta o pregão, dispõe em seu Art. 11, XVIII, que “o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo”. Em vista disso, é comum que editais desta modalidade licitatória, seja na sua forma presencial ou na eletrônica, acabem por trazer cláusulas nesse sentido.

Acontece que a Lei 10.520/2002 (portanto, posterior ao referido Decreto) nada fala a esse respeito. Por isto, a jurisprudência tem afastado a aplicação do

§ 1º. Os licitantes que desejarem apresentar os recursos de que tratam as alíneas a, b e c do inciso II do caput deste artigo deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

§ 2º. O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso **e começará imediatamente após o encerramento do prazo recursal. (grifo nosso)**

¹¹¹ Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

[...]

§ 3º. **Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes**, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis. **(grifo nosso)**

Art. 11, XVIII, do Decreto 3.555/2000, atribuindo efeito suspensivo aos recursos, aplicando-se o Art. 109, § 2º, da Lei 8.666/1993 subsidiariamente ao pregão, como se pode depreender do julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREGÃO - RECURSO ADMINISTRATIVO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CERTAME - EFEITO SUSPENSIVO - OBRIGATORIEDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 109 DA LEI Nº 8.666/93. - **A atribuição de efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto contra decisão proferida em pregão que desclassifica o participante configura-se como poder-dever do administrador público, diante da exegese do § 2º, do art. 109 da Lei nº 8.666/93.** - Agravo provido.

(TJ-MG 104610805646630011 MG 1.0461.08.056466-3/001(1), Relator: BARROS LEVENHAGEN, Data de Julgamento: 05/03/2009, Data de Publicação: 24/03/2009). **(grifo nosso)**

Nesse mesmo sentido, o TCU decidiu¹¹² no Acórdão nº 567/2015 – Plenário, acerca de denúncia oferecida àquele Tribunal apontando possíveis irregularidades em edital de pregão eletrônico, promovido pela Eletrobrás Distribuidora Rondônia - Centrais Elétricas de Rondônia S.A (Ceron), destinado à contratação de empresa especializada para execução de serviços simultâneos de leitura, faturamento, impressão e apresentação de faturas de energia elétrica em unidades consumidoras atendidas em baixa tensão, e atividades correlatas na área de concessão da Eletrobrás Distribuição Rondônia. O Tribunal entendeu que cabe efeito suspensivo em recursos contra decisão do pregoeiro:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da denúncia, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

[...]

9.4. dar ciência à Ceron de que:

9.4.1. **a interpretação sistêmica das normas** que disciplinam a modalidade de pregão conduz à **conclusão de que recursos contra decisões do pregoeiro terão necessariamente efeito suspensivo; (grifo nosso)**

¹¹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC nº 028.098/2014-5. Acórdão nº 567/2015 – Plenário. Relator: Ministro- Vital do Rêgo. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 mar. 2015. Seção 1, p. 108-109.

Some-se a essa jurisprudência o fato de que prosseguir o processo licitatório antes da resolução dos recursos poderia acarretar em um desestímulo para a sua utilização pelos licitantes, podendo levar a um questionamento sobre se isso seria uma restrição ao contraditório e à ampla defesa, que são direitos fundamentais. Além disso, abre-se a possibilidade de se argumentar que prosseguir o processo licitatório sem a resolução de uma discussão cujo resultado pode modificar o seu desfecho, gerando retrabalho, vai de encontro ao princípio da eficiência.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, conclui-se que a legislação que trata das licitações públicas brasileiras deve ser aperfeiçoada, incorporando-se as modificações trazidas pelos novos dispositivos legais nos últimos anos, acrescida de outras inovações. O Brasil e o mundo mudaram muito nestes vinte e dois anos desde a promulgação da Lei 8.666/1993, principal diploma legal sobre este tema. Basta lembrar que, quando do início de sua vigência, a nossa moeda em nosso País não era o Real e praticamente não havia internet.

Esta Lei tem se mostrado na prática como de difícil execução e que, apesar de seu alto grau de detalhamento, não só se provou incapaz de coibir a corrupção, mas muitas vezes a estimula com seu excesso de formalismo e com a utilização de procedimentos ultrapassados que não levam em consideração o progresso tecnológico, como a possibilidade de apresentação de proposta via internet. Além disso, com as várias mudanças introduzidas na legislação sobre licitação pública, seja pelas alterações feitas diretamente na Lei 8.666/1993, que trata das normas gerais sobre licitação e contratos, seja pela promulgação de outras leis que tratam de casos particulares deste assunto, muitas vezes acabou-se por criar antinomias, atrapalhando de maneira acentuada a sua interpretação, especialmente das autoridades públicas. Desta maneira, considera-se que a Lei 8.666/1993 deva ser ab-rogada por uma Lei mais moderna, condensando em um único diploma legal normas que estão atualmente dispersas. A concentração em uma Lei nova possibilitaria que este assunto fosse tratado de maneira sistêmica, facilitando o seu entendimento e, por conseguinte, a sua aplicação.

Defende-se que o Projeto de Lei do Senado 559/2013 aponta na direção certa, ao buscar criar nova norma geral em sintonia com os avanços sobre o tema. A ideia de ele substituir de uma só vez três diplomas legais, promulgados em três décadas distintas, parece ser acertada por tudo o que foi aqui exposto. Medidas como a exigência de qualificação e capacitação dos servidores, a realização de licitações públicas preferencialmente sob a forma eletrônica, uso de disputa aberta e fechada na fase de apresentação de propostas na concorrência, aumento da publicidade dos gastos públicos, a adoção da fase recursal única, a pré-qualificação dos licitantes, a extinção das

modalidades tomada de preços e convite e a introdução do conceito de ciclo de vida para contratações certamente irão aperfeiçoar o marco legal acerca das licitações públicas brasileiras. Por outro lado, acredita-se que as propostas relativas à utilização da contratação integrada, do orçamento sigiloso e da modalidade pregão para obras e serviços técnicos não seriam as mais adequadas.

Como dito previamente, é por meio das licitações e dos contratos celebrados que boa parte das políticas públicas são efetivadas pela Administração Pública. O setor governamental é o maior demandante de obras, produtos e serviços do Brasil e suas demandas tem impacto direto e imediato não só econômico mas também social. Ao construir um hospital e colocá-lo em operação não se está apenas movimentando a economia local, mas salvando vidas. Desta forma, deve-se lutar para que a legislação que trata das licitações públicas brasileiras seja a mais eficiente possível, fazendo com que a Administração Pública consiga selecionar a proposta mais vantajosa e assim atender o interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Decreto 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm>. Acesso em 20 dez. 2014.

_____. Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em 04 maio 2015.

_____. Decreto 3.555, de 08 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em 05 dez. 2014.

_____. Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em 04 abr. 2015.

_____. Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em 05 dez. 2014.

_____. Decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm>. Acesso em 04 maio 2015.

_____. Decreto 7.746, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm>. Acesso em 12 fev. 2015.

_____. Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm>. Acesso em 08 jun. 2015.

_____. Decreto 8.428, de 02 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8428.htm>. Acesso em 16 maio 2015.

_____. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Decreto-Lei 2300, de 21 de novembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Lei 5.194, de 24 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Lei 6.496, de 07 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6496.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Lei 8.883, de 08 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm#art1>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Lei 9.074, de 07 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9074compilada.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm>. Acesso em: 05 dez. 2014.

_____. Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Lei 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei 9.986, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm#art37>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei 11.107, de 06 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11107.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei 11.578, de 26 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11578.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. Lei 12.232, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12305.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015.

_____. Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12378.htm#art64>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12527.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Lei 12.598, de 21 de março de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12598.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Lei 13.080, de 02 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13080.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Medida Provisória 527, de 18 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Medida Provisória 2.026, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/2026.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Medida Provisória 2.182-18, de 23 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2182-18.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas / Tribunal de Contas da União. – 3. ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058946.PDF>>. Acesso em 07 jun. 2015.

STF. Notícias STF, de sexta-feira, 26 ago. 2011. Ação questiona regime de contratações para obras da Copa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=187486>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Notícias STF, de sexta-feira, 09 set. 2011. Ação do MPF questiona no Supremo regime de contratações públicas para obras da Copa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito Administrativo descomplicado – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. Cit., 23. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; FRANCHINI, Luís Fernando Pereira. Licitação e Contrato Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MUKAI, Toshio. O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012.

SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro / Washington dos Santos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.